

La Survivance du Droit Romain en Ecosse.

Thèse pour le Doctorat en Droit

(Sciences Juridiques)

présentée et soutenue le 25 Mai 1925 à 2 heures.

par

ANDRÉ BÉRARD

Président : M. LÉVY-ULLMANN, Professeur

Suffragants : { M. CAPITANT
M. COLLINET

— 1925 —

E. DE BOCCARD.

1, RUE DE MÉDICIS
PARIS

La Survivance du Droit Romain en Ecosse.

Thèse pour le Doctorat en Droit

(Sciences Juridiques)

présentée et soutenue le 25 Mai 1925 à 2 heures.

par

ANDRÉ BÉRARD

Président : M. LÉVY-ULLMANN, Professeur

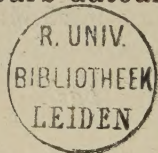
Suffragants : { M. CAPITANT
 { M. COLLINET

— 1925 —

E. DE BOCCARD.

1, RUE DE MÉDICIS
PARIS

*La Faculté n'entend donner aucune approba-
tion ni improbation aux opinions émises dans
les thèses ; ces opinions doivent être considérées
comme propres à leurs auteurs.*



BIBLIOGRAPHIE

- BELL (George-Joseph), Principles of the law of Scotland, 7^e éd., par W. Guthrie, 1876.
- BRODIE INNES, Comparative principles of the laws of England and Scotland, 1903.
- BROOM'S LEGAL MAXIMS, 6th ed., 1884.
- CORPUS JURIS CIVILIS, ed. Krueger, 1884.
- CUQ (Edouard), Manuel des Institutions juridiques des Romains, 1917.
- ERSKINE OF CARNOCK, Institutes of the law of Scotland, 2 vol., 1812.
- ERSKINE OF CARNOCK, Principles of the law of Scotland, 21^e éd., par Rankine, 1911.
- GIRARD (P. F.), Manuel de droit romain, 7^e éd., 1924.
- GREEN BAG, an entertaining Magazine of the law, ed. by Arthur W. Spencer, tome V, 1893; et tome XII, 1900.
- GREEN'S, Encyclopedia of the law of Scotland, publiée sous la direction de M. John Chisholm, 14 vol., 1896-1904.
- GOUDY (Henry), An Inaugural Lecture on the Fate of the Roman Law North and South of the Tweed, 1894 (Henry Frowde, London).
- J. DOVE WILSON, The Sources of the law of Scotland, Juridical Review, vol. IV, 1892, p. 1.

- J. DOVE WILSON, Historical Development of Scots law, Juridical Review, vol. VIII, 1892, p. 217.
- J. DOVE WILSON, The Study of the History of law in Scotland, Juridical Review, vol. XVI, 1904, p. 54.
- J. DOVE WILSON, The Reception of Roman law in Scotland, Juridical Review, vol. IX, 1893, p. 361.
- LEGAL OBSERVER, vol. IV, 1832, p. 289 : Dissertations on the law of Scotland (sans nom d'auteur).
- LÉVY-ULLMANN (Henri), Le droit écossais, Bulletin de la Société de Législation comparée, 1924, p. 121.
- MACKAY (E. E. J. G.), History of Roman law in Scotland, Journal of Jurisprudence, vol. XX, 1876, p. 14.
- MACKAY (E. E. J. G.), Sketch of the history of Scottish law, Journal of Jurisprudence, vol. XXVI, 1882, p. 113.
- MACKENZIE OF ROSEHAUGH (sir George), Institutions of the law of Scotland, 1716.
- MACKINNON (James), The Social and industrial history of Scotland, 2 vol., 1920 et 1921.
- MILLER (M. le Rév. Thomas), Reception of roman civil law and roman canon law in Scotland in the reign of David I^{er}, Juridical Review, vol. XXXV, 1923, p. 362.
- MORTON (Will. Kinniburgh), Manual of the law of Scotland, 1896.
- REDDIE (J.), Historical Notice of the roman law, and of the recent progress of its study in Germany, 1826.
- SCRUTTON (T.-E.), Influence of the roman law in the law of England, 1885.
- Select Essays in Anglo-American legal history, par divers auteurs.
- Trayner's Latin Maxims, 4^e éd., 1894.
- Sir P.-G. VINOGRADOV, Roman Law in Mediaeval Europe, 1909.
- WILL C. SMITH, Sources of Scots law, Juridical Review, vol. XVI, 1904, p. 382.

INTRODUCTION

Sir Walter Scott, dans son introduction à *The Bride of Lamermoor*, saluant en Lord Stair, un des plus éminents juristes qui aient jamais vécu (*one of the most eminent lawyers that ever lived*) déplore que les efforts de son puissant esprit se soient malheureusement appliqués à un sujet aussi restreint que le droit de l'Ecosse (1). Sir Walter Scott manifestait-il ainsi sérieusement une conviction profonde? Son opinion semble tout au moins inexacte.

Sans doute le droit écossais peut paraître d'importance médiocre à côté du droit anglais, et son empire ne s'impose pas à un nombre considérable de plaideurs. La population de l'Ecosse, au dernier recensement de 1921, s'élevait à 4.760.000 habitants ;

(1) « ...the labours of his powerful mind were unhappily exercised on a subject so limited as Scottish Jurisprudence. »

le droit anglais, auquel sont soumis non seulement la population de l'Angleterre, mais l'*english speaking people* presque tout entier, c'est-à-dire l'ensemble des pays de langue anglaise, exerce son empire sur 152 millions de sujets (1).

Faut-il conclure à la médiocrité du droit écossais? La valeur d'un système légal dépend-elle du nombre de litiges auxquels ses solutions s'imposent? N'est-elle pas plutôt dans sa vigueur intrinsèque, dans la force et la clarté de ses principes? Or, si nous négligeons la question matérielle de l'étendue de ses applications pratiques, et si nous considérons la majesté des constructions juridiques en Ecosse, n'allons-nous pas retrouver le génie du peuple qui, dans tous les domaines, dans l'ordre littéraire, ou artistique, ou scientifique, ou économique, et même en politique et en affaires, a donné des hommes dont les noms sont à jamais célèbres, le génie de l'Ecossais dont Macaulay disait, avec un orgueil trahissant son origine, qu'il est obligé, comme l'huile dans l'eau, de s'élever jusqu'à la surface, *to rise to the top*?

Lord Meadowbank pensait, non sans raison, que le droit d'aucune nation ne pouvait s'enorgueillir de

(1) Chiffre fourni par M. Bedwell, secrétaire de la Société anglaise de Législation comparée, dans le « Livre du Cinquantenaire de la Société de Législation comparée », tome I, page 87.

plus de finesse, de plus de solidité et de plus d'autorité philosophique que celui de l'Ecosse (1).

Il est regrettable que les juristes continentaux n'aient pas été attirés par cette séduisante législation, et qu'aujourd'hui encore les problèmes suscités par le droit de l'Ecosse, où la surprise s'ajoute à l'attrait de l'érudition, n'aient donné lieu qu'à des hypothèses fragmentaires, en attendant de trouver leur Savigny.

Le droit écossais actuel met en présence de quatre éléments différents (2), entrés progressivement en composition : le droit romain, le droit féodal, le droit écossais proprement dit, et le droit anglais. Une question surprenante entre toutes est celle de la survivance du droit romain comme droit positif, de nos jours, dans ce pays si proche du nôtre. L'application consciencieuse et de propos délibéré des textes romains dans les décisions des Cours écossaises, tel est le phénomène dont nous nous proposons l'étude.

Les lecteurs de la *Juridical Review*, l'excellente revue d'Edimbourg, ont pu voir tout récemment, au cours d'un article publié dans le fascicule de décembre 1923, une référence à un procès plaidé le 8 novem-

(1) Waddell's case (F. C. 21 st, janv. 1812 : « *The law of no country can boast of more acute, more sound or more philosophical authority than ours.* »)

(2) Les coutumes celtiques n'ont pas laissé de traces ; au contraire elles ont marqué profondément les droits de l'Irlande (cf. *the Brehon laws*) et du Pays de Galles.

bre 1922, devant la Cour de Session (1). La discussion portait sur l'édit du préteur (*praetor's edict*); on plaidait pour savoir si l'édit devait s'appliquer à l'espèce. Les parties portaient deux noms bien britanniques; l'une s'appelait Mustard; l'autre avait un nom bien écossais, illustré par le fondateur de la Banque d'Angleterre, le nom de Paterson.

Le cas était le suivant : le fermier Mustard avait confié son cheval à Paterson, propriétaire de l'écurie, pour un prix annuel de location s'élevant à deux livres sterling. L'animal fut placé dans un box avec un autre cheval; le soir, on le trouva blessé et on dut l'abattre. Mustard intenta un procès, et réclama au propriétaire de l'écurie soixante livres représentant la valeur du cheval, cinq livres pour le préjudice subi, et quatre livres huit shellings six pence, montant de la note du vétérinaire. La Cour de Session, en troisième instance, confirmant les décisions des premiers juges, décida que l'édit du préteur *Nautae Caupones Stabularii* devait s'appliquer à l'espèce.

On invoqua le texte d'Ulpien, fragment I au Digeste, livre IV, titre 9 : « *Ait praetor : Nautae, caupones, stabularii, quod cujusque salvum fore receperint, nisi restituent, in eos judicium dabo.* » Aux termes de l'édit, les maîtres de navires, d'auberges et d'écuries

(1) Voir à la fin, annexe.

sont responsables des effets des voyageurs, même en l'absence de faute de leur part; et le prêteur donnait contre eux une action *in factum* plus rigoureuse que celles qui seraient nées du contrôt de dépôt ou de louage (1). Quoi qu'il en soit, la matière apparaît essentiellement romaine, et n'est-ce pas une bonne surprise d'apprendre que la Cour de Session d'Ecosse entendait, en novembre 1922, un débat sur cette partie de l'édit prétorien qui semblait avoir perdu toute force positive avec l'anéantissement de l'Empire de Rome?

Et poussés par la curiosité légitimement éveillée par un fait aussi singulier, ouvrant les traités de droit écossais, nous aurons à chaque page un nouvel étonnement de voir combien ce droit est demeuré fidèle aux principes romains pour être encore, à l'heure actuelle, un droit à sa base foncièrement romanisé.

(1) Voir sur cette question : Girard, *Manuel de droit romain*, 7^e édit., 1924, p. 639. Cug, *Manuel des institutions juridiques des Romains*, 1917, p. 516. Cette action naît-elle d'une convention? Suivant une conjecture de M. Lenel (*Z. S. St.*, 13, 1892, p. 403), l'engagement que le voyageur ne demande pas, résulte implicitement de l'enseigne portant une expression de ce genre : « *sarcinæ salvæ erunt* ».

Première Partie

CHAPITRE PREMIER

L'Autorité Doctrinale du Droit Romain

L'AUTORITÉ DOCTRINALE DU DROIT ROMAIN

« Les philosophes et les jurisconsultes de Rome, sont encore les instituteurs du genre humain; c'est en partie avec les riches matériaux qu'ils nous ont transmis, que nous avons élevé l'édifice de notre législation. Rome avait soumis l'Europe par ses armes; elle l'a civilisée par ses lois. » Ainsi s'exprimait Portalis, au lendemain de la promulgation du Code civil français, dans un discours à l'Académie de législation. Est-ce en ce sens que nous parlerons de l'autorité du droit romain en Ecosse, de ce droit si puissamment élaboré qu'on l'a qualifié de « raison écrite » ? Le droit

de l'ancienne Rome n'est pas seulement respecté en Ecosse, il n'a pas seulement inspiré certaines lois parce qu'il représentait la sagesse des âges et que cette sagesse s'impose à toute législation; mais il commande encore à titre de loi positive, et possède une force obligatoire liant la conscience du juge, ainsi qu'en Allemagne avant l'entrée en vigueur, le 1^{er} janvier 1900, du nouveau Code Civil allemand, promulgué le 18 août 1896 (1). On cite les textes de Justinien, on se réfère à leurs solutions, on discute sur leur application; les arrêts invoquent leur autorité; les auteurs les citent dans leurs livres.

Sir George Mackenzie, auteur de deux traités, l'un sur le droit privé, l'autre sur le droit criminel, traite toutes les questions d'un point de vue purement romain. Ainsi, exposant le délit d'accaparement, il

(1) Le droit romain fut adopté délibérément comme droit commun par la Cour Impériale, le « Reichskammergericht », en 1495, sous le règne de Maximilien 1^{er}. (Vinogradoff P., *Roman Law in Mediæval Europe*, 1909; Reddie J., *Historical Notice of the Roman Law*, 1826; Winschied, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I, 1-7.) Son introduction fut facilitée par la pratique de l'« Actenversendung » par laquelle les Cours soumettaient les documents d'un procès à des professeurs de droit d'une Université, dont les solutions étaient fortement inspirées du droit romain.

Le droit romain est de même considéré comme « common law » dans la plupart des colonies britanniques : Cape Colony, Lower Canada, Mauritius, Ceylan, Malte, la Guinée britannique et les autres territoires acquis par la Grande-Bretagne de la Hollande, de la France ou de l'Espagne. Il est également fondamental en Louisiane, au Mexique, et dans les Républiques de l'Amérique du Sud.

intitule son chapitre : « *De Dardanariis* »; il expose à ce sujet la *Novelle* de Valentinien. « Nous suivons, dit-il, le droit romain toutes les fois que son application n'est pas écartée expressément par des statuts ou par la coutume. »

Lord Stair, qui fut pendant seize ans Président de la Cour de Session, appuie toutes ses opinions sur le droit romain. Dans son grand traité sur les « *Institutions of the Law of Scotland* », qui est le livre classique de droit écossais (1), les chapitres sur les obligations sont purement empruntés au droit romain (2). Notamment, il fait figurer, dans le droit écossais, le fameux édit « *Nautae Caupones Stabularii* » (3).

Lord Bankton déclare que « les juges doivent se conformer aux droits romain et canonique à titre d'autorité, quand les statuts et les coutumes manquent, ou quand la question, quoique relative à un sujet féodal, n'est pas tranchée par les coutumes féodales ». Dans tous les cas, le droit romain s'appli-

(1) « ...the permanent classic of Scots law. » (Will C. Smith, *The Sources of Scots Law*, dans la *Juridical Review*, vol. 16, année 1904, p. 382.)

(2) Tout en reconnaissant que Stair a généralement adopté les règles du *Corpus Juris*, certains auteurs prétendent qu'il attribue au droit romain plutôt une autorité *imperio rationis* que *ratione imperii*. (Goudy, *The fate of the Roman law*, 1894.)

(3) Stair, *Inst.* I, p. 121.

que, sauf dans les matières où il est entièrement rejeté; il serait, par exemple, « absurde, ajoute Bankton, de tirer argument du droit romain en faveur de l'adoption (1) de l'esclavage et autres institutions abolies par les coutumes de toutes les nations.

Erskine conserva dans ses ouvrages le cadre des Institutes de Justinien. Ses autorités sont les statuts, les précédents, les œuvres de ses précurseurs et le droit romain; mais il considère le droit romain comme droit commun, « *common law* ». Il fait constamment des citations ou indique des références aux textes originaux du *Corpus Juris*.

Une preuve de la vigueur et de la force du droit romain se manifesta lors de la réglementation législative des innombrables cas de novation à l'occasion des assurances sur la vie; le *Life Assurance Companies Act*, 1872, sec. 7, exigeant une preuve écrite de la convention, était, dans son principe, une reproduction de la loi de Justinien, *Code VIII*, 42.

Morton, dans son *Manuel* classique en Ecosse, présente le droit romain comme la base du droit écossais, « *the basis of Scots law* ». Même quand il n'est pas incorporé au « *common law* », nous dit-il, il conserve encore son autorité (*it is still of authority*); et

(1) Cf. Green's *Encyclopedia*, I, p. 212 : « It (adoption) has no place either in Scots and English law. » — Stair, *Inst.* III, 14, 34.

Morton renvoie à un arrêt (1) où Lord President Inglis justifia sa solution par les textes romains.

C'est, en effet, surtout dans les recueils d'arrêts, en particulier dans le « *Dictionary of Decisions* », de Morison, que l'importance du droit romain est manifeste. Les maximes latines émaillent leurs textes, ces maximes conçues en termes généraux dont Lord Esher disait avec humour qu'elles contiennent toujours ce qu'on n'a jamais eu l'intention de leur faire contenir » (*that they always include something which really is not intended to be included in them*) (2). Mieux encore que les livres des juristes, les nombreuses citations du *Corpus Juris* ou des ouvrages latins témoignent de leur autorité dans les Cours d'Ecosse. Et tous ces textes ne sont pas cités simplement à titre d'illustrations, mais à titre d'autorités positives (3). Sir Arthur Duck, dans son livre « *De Usu et Autoritate Juris Civilis Romanorum in Dominiis Principum Christianorum* », définissait justement le rôle du droit romain : « *After the Municipal Law of Scotland, the Scots apply the authority of the Civil Law of the Romans* ».

(1) Blyth, 12, R. 674; il s'agissait en l'espèce d'une donation *mortis causa*.

(2) Yarmouth, 1887, 19 Q. B. D. 647.

(3) « ...not cited by any means merely as illustrations, but as positive authorities. » (Goudy, *The Fate of the Roman law*.)

CHAPITRE II

Les Dispositions du Droit Romain dans la Législation Positive de nos jours, en Ecosse

La théorie générale des lois est directement inspirée du droit romain.

Erskine indique que le pouvoir législatif suprême ne peut être lié par la législation précédente, en vertu du fragment 4 de Modestin au Digeste, livre I, titre 4, *De constitutionibus principum*.

La règle écossaise « *After a law is published, no*

(1) Comp. Erskine, *Principles*, liv. I, tit. I, n° 4: « *...the law last in date derogates from prior law.* »

pretence of ignorance can excuse the breach of it », qui n'est autre que la maxime française : « Nul n'est censé ignorer le droit », est l'application du principe du fragment 9 principium de Paul et 3 de Pomponius, au Digeste livre 22, titre 6.

La coutume possède une force obligatoire, et on entend par coutume l'usage immémorial de la nation, « *the ancient custom of the community* », dit Erskine (1), « *quod dicitur moribus constitutum* », trouvons-nous dans le Digeste (2). En cas de difficulté dans l'interprétation de la loi, on se réfère à la coutume, conformément au fragment 37 de Paul, au Digeste, livre I, titre 3 (3).

Nul ne peut déroger à une loi par des conventions particulières, par observation du texte de Papinien, rapporté au fragment 38 au Digeste livre 2, titre 14, *de pactis* : « *Jus publicum privatorum pactis mutari non potest.* »

Les règles sur la compétence du juge sont également romaines. Le juge ne peut rendre un jugement hors des limites du territoire où il est compétent.

(1) Princ., liv. I, tit. I, n° 16.

(2) Fr. 32, § I, Dig (1, 3).

(3) « *Si de interpretatione legis quærat, in primis inspiciendum est, quo jure civitas retro in ejusmodi casibus usa fuisset : optima enim est legum interpres consuetudo.* »

« *Every act of contentious jurisdiction, exercised by a judge without his territory... is null (1).* »

Le juge a le pouvoir de punir celui qui gêne l'exercice de la justice; Erskine, se référant au Digeste, cite ce texte : « *Cui jurisdictio data est, ea quoque concessa esse videntur, sine quibus jurisdictio explicari non potuit.* »

Les parties peuvent convenir de proroger la compétence du juge, conformément à la règle romaine exprimée dans le fragment I d'Ulpieh au Digeste, livre V, titre I, *de judiciis* (2). (Cependant, si le juge est institué pour des causes d'une seule nature, malgré la constitution de Sévère et Antonin (3), le droit écossais n'admet pas la prorogation, *by our practice such prorogation is ejected* ».)

* *
*

Le droit des personnes est très fortement empreint de droit romain et les textes de Justinien sont fréquemment invoqués à l'appui des dispositions actuelles.

(1) Erskine, Princ., liv. I, tit. II, n° 1. — Comp. 20, Dig (2, 1) *De jurisdictione*: « *Extra territorium jus dicenti impune non paretur.* »

(2) « *Si se subiciant aliqui jurisdictioni et consentiente cujusvis judicis, qui tribunali praest vel aliam jurisdictionem habet, est jurisdictio.* »

(3) Code (3, 13).

Pour le mariage, l'âge légal, en Ecosse, est fixé à douze ans pour la femme et à quatorze ans pour le mari, en vertu d'une constitution de Justinien, de l'an 529, *Quando curatores vel tutores esse desinant* (1). Cependant, conformément au texte de Pomponius (4, Digeste, 23, 2, *de ritu nuptiarum*), si la femme atteint l'âge de la puberté, vivant avec son mari (2), elle sera considérée comme épouse légitime.

Le consentement requis pour le mariage doit être « *de presenti* », et Erskine invoque le fr. 5 au Code (5, 1). (Cependant, à l'inverse du droit romain, la rupture d'une promesse de mariage (*stipulatio sponsalitia*) n'est pas sanctionnée par une pénalité.)

Le divorce par consentement mutuel du droit romain (*Novelle 140, c. 1*) n'est pas admis en Ecosse. Le droit écossais ne connaît que le divorce pour adultère ou pour abandon. L'effet légal du divorce pour abandon, aux termes du statut de 1573, c. 55, est de faire perdre au conjoint coupable la dot (*tocher*) et les donations à cause de noces (*donationes propter nuptias*). Lord Stair déclare cette règle applicable au cas de divorce pour cause d'adultère. Et, à ce sujet, les auteurs renvoient à la *Novelle 117, 8, 2, Ut liceat matri...*

(1) 3 Code (5, 60), cité par Erskine, loc. cit. liv. I, tit. VI, n° 2, page 57.

(2) Texte romain : « *Cum apud virum duodecim explesset* ». Texte écossais : « *If the married pair shall cohabit after puberty.* »

La tutelle et la curatelle sont organisées en Ecosse sur le modèle de ces institutions romaines. L'enfant est d'abord en état de pupillarité, jusqu'à l'âge de quatorze ans pour les mâles et de douze ans pour les femmes; ensuite commence la minorité proprement dite, qui s'étend jusqu'à l'âge de 21 ans, fixé pour la majorité. Mais la minorité, dans son sens large, comprend à la fois les pupilles et les mineurs. La tutelle est le pouvoir ou faculté de gouverner la personne et administrer le patrimoine du pupille (2). Les tuteurs (3) sont testamentaires, légitimes (4) ou datifs, comme à Rome. L'interdiction faite au tuteur d'aliéner les immeubles du pupille est réglée par l'*Oratio Severi* (1, § 2, Dig. 27, 9); mais cependant le mineur peut aliéner avec le consentement de son curateur sans un *decretum praetoris* (5).

(1) La Cour intervient en cas de nécessité urgente pour éviter une perte préjudiciable au mineur.

(2) « *Tutary is a power and faculty to govern the person and administer the estate of a pupil* » (Erskine, Princ., liv. I, tit. VII, n° 1). Cf. Fraser, P. et C. 197; Sinclair, 1828, 6 S. 340. L. Craigie.

(3) « *Tutors are either nominate, of law or dative, which answers to the tutores testamentarii, legitimi and dativi, of the roman law.* » (Ersk. Princ., liv. I, tit. VII, n° 1).

(4) Cette tutelle est dévolue au plus proche agnat. Mais le mot « agnat » n'a pas, en Ecosse, le même sens qu'à Rome: l'agnation, en droit romain, désignait la parenté par les mâles; en droit écossais, sont agnats tous les parents de la ligne paternelle, même par les femmes (*all those who are related by the father, even though females intervene*), les cognats étant les parents de la ligne maternelle (*all those who are related by the mother*).

(5) La Cour intervient en cas de nécessité urgente pour éviter une perte préjudiciable au mineur.

L'action *tutelaē directa* est donnée, en Ecosse comme à Rome, au mineur pour obtenir du tuteur les comptes de son administration. Et l'action *tutelaē contraria* appartient au tuteur et au curateur pour obtenir du mineur le remboursement des sommes qu'ils ont dépensées pendant leur administration. L'accusation *suspecti tutoris* se retrouve également en Ecosse (1).

Quand le mineur, pourvu d'un curateur, fait avec son consentement un acte lui causant une lésion, il n'a pas seulement une action contre son curateur, mais il est protégé, en Ecosse comme en droit romain, par le bénéfice de l'*in integrum restitutio* (2). Et il peut exercer son recours tant qu'il n'a pas atteint l'âge de 25 ans; ces quatre années s'écoulant entre la majorité et l'âge de 25 ans, constituent le « *quadriennium utile* », institution qui témoigne du respect pour la tradition romaine. Si un majeur est appelé à la succession d'un mineur, il bénéficie du *quadriennium utile* à partir de la mort du mineur; s'il vient à la succession d'un majeur décédé avant l'âge de 25 ans, il peut encore agir jusqu'à l'expiration du *quadrien-*

(1) Mais, au lieu d'être une action populaire comme en droit romain, elle est réservée au mineur, ou à son plus proche parent, ou encore au co-tuteur ou au co-curateur.

(2) 2 Code (2, 25): « *Minoribus annis vigēti quinque... in integrum restitutionis auxilium superesse, si circumvēnti sunt, placuit.* » — 3 Code (2, 25): « *...licet personali actione a tutore vel curatore suum consequi possint...* »

nium utile; ces solutions sont empruntées aux textes romains (1), et ne sont que l'application du titre des Pandectes, disait Lord Fraser dans l'arrêt *Cooper* contre *Cooper's Trustees* (2) : « *The law of restitution on the ground of minority and lesion is one which we have borrowed almost literally from the Roman law... and the whole of the title in the Pandects on this subject may be declared to be the law of Scotland.* » Et enfin, suivant la maxime : « *De minimis non curat praetor*, la restitution n'est pas ordonnée si la lésion est de peu d'importance : « *If it be inconsiderable restitution is excluded; for actions of reduction are extraordinary remedies, not to be applied but on great and urgent occasions* », écrit Erskine dans ses *Institutes* (I, 7, 36).

La curatelle des fous, confiée à l'agnat le plus proche, est organisée sur le modèle romain par le statut de 1585, c. 18 (3); c'est ainsi que l'âge requis pour exercer cette curatelle n'est pas 21 ans, mais 25 ans.

A propos de l'interdiction volontaire, Erskine invo-

(1) 18. § 5, 19 Dig. (4, 4); 5 Code (2, 53).

(2) 1885, 12 R. 473; 1888, 15 R. (H. L.) 21.

(3) Par ce statut « *the roman law is made ours* », dit Erskine, *Princ.*, liv. I, tit. VII, n° 27.

que le texte d'Ulpien (1) qui exige un examen préalable de celui qui sollicite cette mesure.

*
* *

Le droit de propriété est-il aussi profondément pénétré par le droit romain? Sans doute, la législation relative aux immeubles est essentiellement féodale; et si cette étude ne dépassait pas le cadre de ce livre, il serait intéressant de rechercher dans le droit écossais les restes abondants de la féodalité. Cependant le droit romain s'est introduit partout où le droit féodal lui a permis de pénétrer et de se développer.

Les textes de Justinien ont inspiré de nombreuses dispositions concernant les modes d'acquérir la propriété.

Dans le cas d'accession où la toile d'un tableau n'appartient pas au peintre lui-même, le droit romain décidait, considérant la supériorité de l'art, que la toile était l'accessoire de la peinture (2). Le droit écossais adopte cette solution, et l'étend, pour le même motif, au cas où un auteur a écrit son ouvrage sur

(1) 6 Dig. (27, 10): « ...quoniam plerique vel furorem vel dementiam fingunt, quo magis curatore accepto onera civilia detrectent. »

(2) 34, Institutes (2, 1): « ...sed nobis videtur melius esse, tabulam picturae cedere... »

un papier ou parchemin (*paper or parchment*) dont il n'est pas propriétaire.

Lorsqu'un individu a fait un ouvrage avec la matière appartenant à autrui, quel est le propriétaire de l'ouvrage? Après la controverse entre les Proculiens et les Sabinien, le paragraphe 25 des *Institutes* (2, 1) décidait que si l'objet peut revenir à l'état de matière brute, il appartient au propriétaire de la matière; sinon, il appartient au propriétaire de l'ouvrage (1). Le droit écossais se réfère à cette solution.

Si deux substances appartenant à des propriétaires différents se trouvent réunies, le droit écossais distingue comme le droit romain, la « *confusio* » et la « *commixtio* » : dans le premier cas, il y a une véritable indissolubilité; dans le second, la propriété divise subsiste. Si les choses ne peuvent plus être séparées, l'ensemble devient propriété indivisible et il y aura lieu à partage (*Wylie & Lochhead*, 1870, 8 M. 552). Cependant, au cas de mélange de deux corps solides, par exemple deux tas de blé, malgré l'impossibilité pratique de les séparer (*even where separation*

(1) Texte des *Institutes* : « ...*Si ea species ad priorem et rudem materiam reduci possit, eum videri dominum esse, qui materiae dominus fuerit; si non possit reduci, eum potius intelligi dominum, qui fecerit...* » Texte d'Erskine : « ...*The new species belongs to the proprietor of that subject; but where the thing made cannot be so reduced, as in the case of wine, which cannot be again turned into grappes... the workmanship draws after it the property of the material.* » (*Princ.*, liv. II, tit. I, n° 7).

was really impracticable), l'ensemble ne devenait pas propriété commune, parce que chaque corps avait conservé son individualité (1), et l'action en revendication pouvait être exercée à proportion de la quantité de blé qui aurait appartenu au demandeur.

Enfin, la tradition exige deux éléments : l'intention du propriétaire de transférer la propriété, et la remise de la chose. Le premier élément est la « *causa* » ; le second, le « *modus transferendi dominii* ». Et, nous apprend Erskine, ce premier élément ne suffit pas, conformément à la Constitution de Dioclétien (20, Code, livre II, titre III) : « *Traditionibus et usucapionibus dominia rerum, non nudis pactis transferuntur.* »

Le possesseur de bonne foi est celui qui se croit propriétaire de l'objet, et la mauvaise foi peut d'ailleurs survenir au cours des poursuites légales, déclare Erskine (2) en se référant au paragraphe 20§11, au Digeste, livre V, titre III.

Lorsqu'un possesseur a plusieurs titres à sa possession, il peut se prévaloir du titre qu'il préfère. Mais, en droit écossais (3) comme en droit romain (4), nul

(1) 28, Institutes (2, 1) *De rerum divisione*: « *Sed nec magis istis casibus commune fit frumentum, quam grex intelligitur grex communis, si pecora Titii tuis pecoribus mixta fuerint.* »

(2) *Princ.*, liv. II, tit. I, n° 14.

(3) Erskine, *Princ.*, liv. II, tit. I, n° 16. — Stair, 2, 1, 27.

(4) 19 § 1, Dig. (41, 2): « *Quod scriptum est apud veteres neminem sibi causam possessionis posse mutare.* »

ne peut se prévaloir d'un autre titre à la possession que celui qu'il a tout d'abord invoqué.

La théorie écossaise de la vassalité, quoique très largement inspirée de la féodalité, fait cependant encore appel aux textes romains. Et, nous dit Erskine à propos des droits du vassal (1), si le bailleur ou le preneur ne manifestent pas leur intention de résilier le bail arrivant à expiration, conformément au fragment 14 du Digeste (19, 2), on considère qu'un nouveau bail prolonge le premier par « tacite reconduction » et dure tant que le propriétaire ne donne pas congé au tenancier, ou que le tenancier ne quitte pas la terre.

En cas de dommage survenu par force majeure, les rapports du bailleur et du preneur sont régis par la règle exprimée par Gaius (2) : si le dommage est considérable (*plus quam tolerabile*), le propriétaire ne peut exiger du tenancier le prix du fermage; mais si le dommage était d'importance médiocre, la totalité du fermage serait exigible (« *modicum damnum aequo animo ferre debet colonus* »).

Le propriétaire d'une terre a, pour sûreté de sa créance, outre l'obligation personnelle du preneur, une hypothèque tacite; et cette hypothèque a pour

(1) *Princ.*, liv. II, tit. VI, n° 15.

(2) 25 § 6, Dig. (19, 2).

objet, non seulement, comme en droit romain (1), les fruits de la culture, mais même le bétail.

Le droit écossais emprunte au droit romain sa classification des servitudes. Les Romains distinguaient, parmi les servitudes rurales, celles de : *iter, actus, via, aquaeductus, aquaehaustus, jus pascendi pecoris*. Ces servitudes se retrouvent en droit écossais (*similar servitudes may be constituted with us*) (2) : *foot-road, horse-road, cart-road, aqueducts, watering of cattle, pasturage* (3).

Les principales servitudes urbaines se divisent en servitudes « *tigni immittendi* » et « *oneris ferendi* », selon qu'on a le droit de faire pénétrer l'extrémité des poutres dans le mur du voisin, ou de faire reposer une construction sur ce mur. La servitude « *oneris ferendi* », en droit romain (4), entraînait pour le fonds servant l'obligation d'entretenir le mur en état de supporter la charge de la construction. Conformément à cette règle, le droit écossais impose au fonds servant

(1) 6 *principium*, Dig. (20, 2) ; 61 § 8, Dig. (47, 2).

(2) Erskine, *Princ.*, liv. II, tit. I, n° 16. — Stair, II, 1, 27.
9, 12. Bell, *Princ.*, s. 1010 ; Stair, II, 7, 10 ; Reid, 1891, 18 R. 744 ;
Swan, 1834, 12, S. 316 ; Galbreath, 1845, 4 Bell's App. 374
at. 390 ; Matcoln, 1886, 13 R. 512.

(3) Passage à pied, à cheval, en voiture ; servitude d'aqueduc, d'abreuvement, de pâturage.

(4) 6 § 2 Dig. (8,5) : « *Cogere adversarium reficere parietem ad onera sua sustinenda...* » Labéon considérait que cette servitude était plutôt inhérente à la chose qu'au propriétaire, et qu'ainsi le propriétaire pouvait délaisser la chose.

la même obligation, à moins de convention contraire (1).

Le rescrit d'Antonin et Sévère (2), énonçant l'obligation pour le propriétaire de laisser un espace entre sa construction et les limites de sa propriété (« *intermisso legitimo spacio* »), est encore appliqué aujourd'hui dans certains bourgs d'Ecosse.

Les règles des servitudes « *altius non tollendi* », et « *non officiendi luminibus vel prospectui* », limitant le droit du propriétaire d'élever des constructions gênantes pour son voisin, sont directement empruntées au droit romain (3).

Le droit de l'usufruit a également subi l'influence romaine. En Ecosse, l'enfant né du mariage doit être héritier de sa mère; si celle-ci a eu un enfant d'un précédent mariage, qui recueille sa succession, son mari n'a aucun droit d'usufruit pendant la vie de cet enfant (4), car l'usufruit est accordé au mari plutôt en qualité de père d'un héritier que de mari; et cette règle, déclare Erskine, est en conformité avec la Constitution de Constantin (5) qui donne au père l'usufruit

(1) Erskine, *Princ.*, liv. II, tit. IX, n° 7; Erskine, *Institutes*, II, 9; 7; Stair, II, 7, 4; Bell, *Princ.*, s. 1003.

(2) 14 Dig. (8, 2).

(3) Frag. 4 de Paul, et 15 d'Ulpien, Dig., liv. VIII, tit. II.

(4) Erskine, *Princ.*, liv. II, tit. IX, n° 30; *Contra*: Sir Thomas Craig.

(5) I Code (6, 60).

des biens dont a hérité l'enfant par sa mère. (« *Heritage* », ajoute Erskine, doit ici s'entendre seulement des biens immeubles que la femme a recueillis dans la succession de ses ascendants, à l'exclusion de ceux qu'elle a pu recueillir à d'autres titres.

Enfin, en droit écossais (1), comme en droit romain (2), les mesures d'exécution s'exercent en premier lieu sur les meubles du débiteur, et, en cas d'insuffisance seulement, sur les immeubles.

*
* *

Le droit des obligations est également romain, quoique mitigé d'influences canoniques. Les catégories romaines sont conservées par le droit écossais.

L'obligation peut ne comporter ni indication de jour ni condition : son exécution est alors exigible immédiatement (*may be exacted immediately*); la règle était formulée par Ulpien en termes analogues : « *Quotiens... dies non ponitur, praesenti die pecunia debetur* » (3). Mais très fréquemment l'obligation comporte un terme suspensif (*ex die*); en ce cas, la dette prend naissance à la date de l'obligation, parce que le jour arrivera certainement, mais son exécution est

(1) Erskine, *Princ.*, liv. III, tit. I, n° 3.

(2) 15 § 2 Dig. (42, 1).

(3) 41 § 1 Dig. (45, 1).

suspendue jusqu'à l'arrivée du terme, conformément à cette même règle d'Ulpien (1). Enfin, l'obligation peut être conditionnelle : en ce cas, elle ne naît pas aussitôt, parce que la condition peut ne pas se réaliser; il n'existe encore que l'espoir que la chose sera due (« *the hope of a debt* »), dit Erskine, dont l'expression est calquée sur le texte des *Institutes* : « *spes debitum iri* » (2). La maxime latine « *dies incertus pro conditione habetur* » est reçue en droit écossais; par exemple, écrit encore Erskine en invoquant le fragment 21 principium au Digeste (36, 2), si on s'engage à verser une certaine somme d'argent à un enfant le jour où il atteindra quatorze ans, et que l'enfant meure avant d'avoir atteint cet âge, on est délié de son engagement.

Les sources des obligations sont les contrats, les quasi-contrats, les délits et les quasi-délits. Mais certaines obligations dérivent d'autres sources, et Lord Stair les désignait déjà sous le nom d'« *obedential* ». Parmi elles, se rangent l'obligation alimentaire entre parents et enfants, sanctionnée par les tribunaux; elle cesse à l'égard des enfants quand ils peuvent se procurer leur subsistance par leur travail, ou, s'il s'agit d'une fille, au moment de son mariage; mais en cas d'indigence des parents, l'obligation alimentaire

(1) « ...verum dies adjectus efficit, ne praesenti die pecunia debeatur. » (41 § 1, Dig., liv. XLV, tit. 1).

(2) 4 *Institutes* (3, 16).

ne prend pas fin. Telles sont aujourd'hui les solutions du droit écossais, qui les justifie par les textes du Digeste et du Code de Justinien (1).

Dans une donation faite sous condition, si la condition ne se réalise pas, l'objet de la donation doit être restitué au donateur, en droit écossais comme en droit romain (2). Et si la cause de la donation est immorale relativement au donataire seul, la règle romaine énoncée par Paul : « *Quod si turpis causa accipientis fuerit, etiamsi res secuta sit, repeti potest* », s'applique en Ecosse (3) : le donateur rentre en possession de son bien.

La principale source d'obligations, le contrat, exige pour sa validité le consentement des parties. L'erreur sur l'un des éléments essentiels entraîne la nullité du contrat, dans le droit écossais, en conformité de la règle romaine : « *...cum non consentiant, qui errant* » (4).

(1) 5, § 10, Dig. (25, 3). Egalement : 5, § 2 et § 12, Dig. (25, 3); Ult., § 5, Code (6, 61).

(2) Comp. Erskine, *Princ.*, liv. III, tit. 1, n° 5, et 3, § 2, Dig. (12, 4).

(3) 1, § 2, Dig. (12, 5). Erskine, *Princ.*, liv. III, tit. 1, n° 5 : « *Things given ob turpem causam... must be restored to the owner.* »

(4) 15, Dig. (2, 1). Cf. également 9 *principium*, Dig. (18, 1) où la vente est déclarée nulle pour erreur sur l'objet : « *...quia in corpore dissensimus, emptio nulla est.* »

La théorie des contrats réels fait aussi de nombreux appels aux textes du droit romain (1). La théorie des fautes est imitée du Digeste. Quand les parties contractantes ont un égal intérêt, on ne tient compte que de la « *culpa levis* », la faute légère, c'est-à-dire celle qu'un homme de diligence moyenne n'aurait pas commise dans ses propres affaires. Quand une seule des parties retire un bénéfice du contrat, elle répond de sa faute très légère, « *culpa levissima* »; mais l'autre partie est responsable seulement de son dol ou de sa faute lourde, « *culpa lata* », assimilée au dol en droit romain (2). Celui qui, dans un contrat impliquant la confiance, apporte moins de soin dans la conservation de l'objet qu'il n'en apporterait dans ses propres affaires, est coupable de dol (3).

Le commodataire a droit, en Ecosse, au remboursement des dépenses occasionnées par tout autre fait que l'usage normal du prêt, conformément au texte de Gaius (4).

(1) Cependant, tandis qu'en droit romain, la simple obligation de donner ou de faire constitue un « *nudum pactum* » n'engendrant pas une action, le droit écossais au contraire reconnaît à l'intéressé le droit de poursuivre l'exécution de l'engagement.

(2) 226, Dig. (50, 16) : « ...*magna culpa dolus est* ». Cependant la distinction entre la *culpa levis* et la *culpa levissima* est finalement abandonnée en Ecosse (Mackintosh, 1864, 2 M. 1357).

(3) V. Ersk., *Princ.*, liv. III, tit. 1, n° 8, se référant aux fr. 5, § 2, Dig. (13, 6) et 32, Dig. (16, 3). Le jury a cependant un large pouvoir d'appréciation.

(4) 18, § 2, Dig. (13, 6).

Si le prêt est gratuit et sans condition de durée, il constitue le contrat de « *precarium* », révocable à la volonté du prêteur, et prend fin à la mort de l'emprunteur, d'après le paragraphe 12 § 1 de Celsus, au Digeste, livre XLIII, titre XXVI (*De precariis*) (1).

Le fameux édit du préteur « *Nautae, Caupones, Stabularii* », adopté par le droit écossais et appliqué dans le récent arrêt de la Cour de Session *Mustard* contre *Paterson*, fait naître une obligation, en dehors de toute convention expresse, de la seule entrée du voyageur dans une auberge, un navire ou une écurie. En cas de perte ou de vol des objets reçus en dépôt, l'aubergiste, le capitaine du navire, le maître de l'écurie sont responsables non seulement de leur propre fait, et du fait de leurs préposés, mais même du fait des autres voyageurs (2). Cet édit doit son origine, d'après Ulpien, à la nécessité de réprimer l'improbité de cette sorte d'individus, et, ajoute Erskine (3), il s'applique aujourd'hui pour remédier à la négligence des aubergistes, au risque de collusion avec des voleurs; à la difficulté de preuve en cas de dommage (4). Non seule-

(1) « ...ad heredem autem ejus qui precario rogavit non transit, quippe ipsi dumtaxat, non etiam heredi concessa possessio est.

(2) Depuis 1863, la responsabilité de l'aubergiste est limitée à 30 livres sterling, sauf dans certains cas. Comp. article 1953, Code Civil français (loi du 8 avril 1911).

(3) 3, § 1, Dig. (4, 9) : « ...curam reprimendae improbitatis hoc genus hominum. »

(4) Cf. *Campbell*, 1852, 24 Jur. 455; *Crawcour*, 1842, 5 D. 10; *Gowans*, 1844, 6 D. 606; *Ciceri & Co*, 1889, 16, R. 814.

ment les capitaines des navires, mais les armateurs sont responsables, aux termes de l'Edit, chacun pour la part qu'il possède dans le navire, d'après le fragment 7, § 5, d'Ulpien au Digeste, livre IV., titre IX : « *si plures navem exerceant, unusquisque pro parte, qua navem exercet, convenitur* ».

En abordant maintenant la théorie des contrats consensuels (1), nous remarquons qu'antérieurement au « *Sale of Goods Act* », de 1893, qui, relativement aux meubles corporels, codifie le droit pour le Royaume-Uni (2), l'exemple du droit romain était suivi en Ecosse; tandis qu'en Angleterre et dans la plupart des pays civilisés, le contrat de vente emportait transfert de propriété, en Ecosse, il donnait seulement à l'acheteur le droit de demander au vendeur la livraison de la chose; en conséquence, le risque inhérent à la chose vendue, mais pas encore livrée, était à la charge de l'acheteur (*periculum rei venditae nondum traditae est emptoris*). Mais dès le « *Mercantile Law Amendment Act* » de 1856, l'Ecosse renonçait à la pratique romaine et adoptait les principes du droit anglais; cependant, en cas de contestation, tandis que le droit anglais refuse la résolution du contrat et

(1) Il faut signaler que le mode de s'obliger « *verbis* » du droit romain ne se retrouve pas en Ecosse.

(2) « *...which, as regard corporal moveables, codifies the law for the United Kingdom.* » (Morton, *Manual of the Law of Scotland*, 1896, ch. V, p. 236.)

n'accorde que des dommages-intérêts, le droit écossais a conservé les deux actions : *quantum minoris* en réduction du prix, et *redhibitoria* en résolution de la vente.

Si un homme a loué ses services et n'a pas accompli convenablement son ouvrage, il encourt une responsabilité, conformément au fragment 9 § 5 d'Ulpien, au Digeste, livre XIX, titre II, *Locati conducti* (1).

A propos du mandat, le droit écossais reconnaît aux capitaines des navires (*masters of ships*) le pouvoir de contracter au nom des armateurs (*exercitors*) (2) pour les besoins du navire; Erskine, donnant cette solution (3), invoque le fragment 1 § 17 d'Ulpien au Digeste, livre XIV, titre I (*de exercitoria actione*) : « *Est autem electio, utrum exercitorem an magistrum convenire velimus* ».

De même, un pupille, préposé par son tuteur à la direction d'un commerce ou d'une industrie terrestre (*institor*), oblige son tuteur en contractant pour les besoins de l'entreprise, conformément au fragment 7 § 2, d'Ulpien au Digeste, livre XIV, titre III (*de institoria actione*) : « *Pupillus autem institor obligat eum,*

(1) « *Unskilfulness* », dit Erskine (*Princ.* III, III, n° 5); « *Imperitia* », dit le texte romain.

(2) L'*exercitor* est celui qui utilise un navire pour le commerce, qu'il en soit propriétaire ou non. Le capitaine du navire est celui qui en a la charge actuelle, « *magistrum navis accipere debemus, cui totius navis cura mandata est* » (1, § 1, Dig. 14, 1).

(3) *Princ.* III, III, n° 14.

qui eum praeposuit, institoria actione, quoniam sibi imputare debet, qui eum praeposuit. »

Dans la gestion d'affaires, le gérant est responsable du préjudice causé par sa faute, d'après les principes du droit romain (1) : il répond de sa faute la plus légère (*slighest*) s'il a géré pour autrui sans raison sérieuse, et de sa faute lourde dans le cas contraire (*Maule or Ker*, 1757, Mor. 3529; *Fulton* 1864, 2 M. 893; *Bannatine's Trs*, 1872, 10 M. 319). Il a droit au remboursement de ses dépenses nécessaires, utiles ou raisonnables, indépendamment du résultat de l'affaire (2).

Le droit écossais applique la loi « *Rhodia de jactu* » sur les avaries au cas de jet par dessus bord de marchandises pour le salut du navire ou du reste de la cargaison, à la suite d'un péril de mer. La perte doit être supportée proportionnellement par les propriétaires du navire et des marchandises sauvées (3). Si le

(1) 3, § 9, Dig. (3, 5), *De negotiis*.

(2) « ...si utiliter gessit, etsi effectum non habuit negotium », dit Ulpien. Jurisprudence écossaise : *Smith's Heirs*, 1714, Mor. 9275; *Campbell*, 1725, Mor. 9276; *Fernie*, 1871, 9, M. 437.

(3) « *Lege Rhodia cavetur, ut si levandae navis gratia jactus mercium factum est, omnium contributione sarciatur quod pro omnibus datum est* » (1, Dig. liv. XIV, titre II). Cependant, en droit romain, les marchandises sacrifiées étaient évaluées au prix le plus élevé, « *non quanti emptae sint, sed quanti venire possunt* », disait Paul (2, § 4, Dig., liv. XIV, tit. II), mais le navire et les marchandises sauvées étaient estimés à leur valeur dans le

capitaine a coupé le mât du navire ou abandonné son ancre pour sauver le navire, il y a lieu à contribution conformément au fragment 3 de Papinien, au Digeste, livre XIV, titre II (3).

Le droit écossais, à l'exemple du droit romain, considère comme donnant matière à un cautionnement une obligation naturelle du débiteur, c'est-à-dire une obligation morale mais dépourvue de sanction légale. En cette hypothèse, le créancier a un titre pour poursuivre la caution, bien qu'il n'ait pas d'action contre le débiteur principal (4).

La caution, en droit écossais, jouit du bénéfice de discussion, créé par Justinien en 535, qui lui permet d'obliger le créancier qui la poursuivrait à discuter d'abord le débiteur principal (1).

port le plus proche. Au contraire, en droit écossais, les marchandises sacrifiées aussi bien que les marchandises sauvées sont évaluées à leur valeur au lieu du règlement, « *at the place of adjustment* » (Erskine, *Princ.* III, III, n° 20), par exemple au port où les marchandises arrivent ou seraient arrivées.

(1) « *Cum arbor aut alius navis instrumentum removendi communis periculi causa dejectum est, contributio debetur.* » Erskine, *Princ.* III, III, n° 20: « *A master who has cut his mast... is entitled to his relief.* »

(2) Stair, I, 17, 10; Erskine, *Institutes*, III, 3, 64. Par exemple, l'obligation du mineur, qui a contracté sans le consentement de son curateur, peut être valablement cautionnée. (Cf. Stevenson, 1870, 10, M. 919.)

(3) Cependant, en droit écossais, au cas de pluralité de cautions, il n'y a pas de place pour le bénéfice de division, « *there is no*

Les obligations impossibles ou immorales sont nulles, en droit écossais comme en droit romain (1).

Un des modes d'extinction des obligations (2), la confusion, est imité du système romain : elle se produit quand les qualités de créancier et de débiteur se réunissent sur la même personne, notamment par succession (3).

Dans une pension ou une obligation à échéances

place for this benefit » (Erskine, *Princ.* III, III, n° 23), parce que les cautions s'obligent par le même acte, « *the cautioners are bound in the same writing* », et la volonté des parties est que l'obligation ne se divise pas. Enfin, tandis qu'en droit romain, la caution, qui avait payé n'avait aucun recours contre les autres cautions, sauf le bénéfice de la cession d'actions, en droit écossais, elle a toujours un recours contre les autres cautions.

(1) Cependant l'interdiction des pactes sur succession future (voir 15, Dig., liv. XXVIII, tit. VII; et 61, Dig., liv. XLV, tit. I) ne s'applique pas en Ecosse.

(2) Une remarque est à signaler à propos de la compensation : en Ecosse elle n'est jamais légale, et doit être invoquée par les parties. Morton (*Manual of Scots law*, III, ch. XI), exprime cette idée en disant que la compensation n'opère pas « *ipso jure* » ; Erskine (*Princ.* III, IV, n° 5) rappelant le système romain (*Ult.*, Code, IV, XXXI) traduit « *ipso jure* » en disant que la compensation est légale et indépendante de l'intention des parties, à Rome. Il y a là une erreur, car « *ipso jure* » ne signifie pas « de plein droit », mais indiquait probablement une simplification de procédure. (V. la discussion dans Girard, *Manuel du Droit romain*, 1924. Comp. Cuq, *Manuel des Institutions juridiques des Romains*, 1917, p. 631 : « Les mots *ipso jure* signifient sans doute que désormais le droit civil permet au juge de tenir compte de la compensation. »)

(3) « *...when a debtor succeeds to the creditor, or the creditor to the debtor, or a stranger to both* » (Erskine, *Princ.* III, IV, n° 10). Comp. 21, § 1, Dig. (34, 3) : « *...si debitori haeres extiterit creditor posteaque ipse creditor decesserit, legatum extingui... quia confusione perinde extinguitur obligatio ac solutione.* »

périodiques, le point de départ de la prescription n'est pas le jour de la formation du contrat, mais celui de l'échéance de chaque terme considéré comme une dette distincte (*each period's pension... considered as a separate debt*) (1). Le texte du fragment 7 § 6 au Code, livre VII, titre XXXIX, donnait déjà cette solution : « *Tempora memoratarum praescriptionum non ab exordio talis obligationis, sed ab initio cujusque anni vel mensis vel alterius singularis temporis computari manifestum est* ».

A l'exemple du Code de Justinien (liv. VI, titre XXX, *De jure deliberandi*), l'héritier apparent, en Ecosse, a un certain délai à partir de la mort du *de cujus* pour délibérer s'il acceptera ou non la succession; pendant ce délai, d'abord d'un an (*annus deliberandi*), puis réduit à six mois par les statuts de 1858 et de 1860, il ne peut être actionné en justice par les créanciers.

Les créanciers du *de cujus* sont préférés aux créanciers de l'héritier, en droit écossais, d'après le fragment I, § 1, d'Ulpien au Digeste, livre XLII, titre VI, *de separationibus*. Mais le statut de 1661, c. 24, exige que les créanciers héréditaires agissent dans les trois ans à partir du décès du *de cujus*; à l'expiration de ce délai, les créanciers de l'héritier peuvent se payer sur le patrimoine du défunt.

(1) Erskine, *Princ.* III, VII, n° 16.

Si un testateur a légué la chose d'autrui, en droit romain (1) et en droit écossais (2), l'héritier est obligé d'acheter la chose léguée pour la livrer au légataire, ou tout au moins de lui en fournir l'estimation. Mais si le testateur qui a légué la chose d'autrui, a cru en être propriétaire, un rescrit de l'empereur Antonin décidait que le légataire ne pourrait réclamer ni la chose ni son estimation; on présume toujours que le testateur se croyait propriétaire de la chose léguée, et il incombe au légataire de renverser cette présomption. Le droit écossais adopte cette solution, « *these rules holds also by the usage of Scotland* ».

La violence et la crainte, pour vicier une obligation, doivent supprimer la volonté de l'individu. Or elles ne sont pas toujours d'une intensité suffisante; Erskine cite plusieurs exemples en invoquant les textes romains : l'autorité du mari sur son épouse, d'après le fragment 21 de Terentius Clemens au Digeste, livre XXIII, titre II; l'autorité des parents sur leurs enfants, d'après le fragment 22, de Celsus, au Digeste, livre XXIII, titre II; ou encore, l'autorité des magistrats sur ceux qui leur sont soumis, d'après le fragment 3, § 1, d'Ulpien, au Digeste, livre IV, titre II.

Le droit écossais adopte la classification des actions du droit romain en réipersécutoires, pénales et

(1) 4, Inst. (2, 20).

(2) Erskine, *Princ.* III, IX, n° 3.

mixtes, suivant qu'elles tendent à maintenir l'intégralité du patrimoine du demandeur, à lui faire obtenir un profit, ou aux deux à la fois (1).

L'annulation des actes passés en fraude des droits des créanciers est réglée, en Ecosse par l'Act de 1621, c. 18, qui, dit Erskine, est emprunté directement au droit romain, « *which we have borrowed from the Roman law* »; il reproduit, en effet, le principe exprimé par le fragment I d'Ulpien au Digeste, livre XLII, titre VIII : « *Ait praetor : Quae fraudationis causa gesta erunt...* »

Le serment prêté par l'une des parties en justice ne peut, en Ecosse, ni nuire, ni profiter à un tiers, en raison de la fameuse règle « *res inter alios acta aliis neque nocere neque prodesse potest* », conformément au fragment 9 § 7 d'Ulpien et 10 de Paul au Digeste, livre XII, titre 2 (2).

Le droit écossais admet également la règle romaine que les témoignages ne sont pas recevables à l'encon-

(1) Cependant Erskine déclare, qu'à l'inverse du droit romain, le droit écossais n'admet pas le concours des actions : « *Our law knows no such concurrence; for where an action is in part penal, e. g. a removing, spuilzie... a pursuer who restricts his demands to, and obtains decree merely for restitution, cannot thereafter bring a new process for the violent profits.* » (Princ. IV, I, n° 37.)

(2) « *...quia non debere alii nocere, quod inter alios actum esset.* »

tre d'une convention constatée par écrit (1).

Le débiteur qui a fait une « *cessio bonorum* » n'est pas libéré avant le paiement de l'intégralité de ses dettes; et les biens qu'il acquiert postérieurement à la cession, peuvent être saisis par les créanciers dans la limite où ils ne sont pas indispensables à sa subsistance. Pour cette solution, le droit écossais se réfère au fragment 4 principium d'Ulpien, au Digeste, livre XLII, titre III (*de cessione bonorum*) : « *Is quis bonis cessit si quid postea adquisierit, in quantum facere potest convenitur...* »

L'arbitrage, convention par laquelle les parties s'en rapportent à la décision d'une personne désignée par elles pour la solution d'un litige, obéit aux règles romaines. Le principe que le prix peut être laissé à la décision d'un arbitre a été adopté par un arrêt de 1778. (*Earl Selkirk*, 1778, Mor. 627.)

*
* *

Le droit des successions nous met également en présence d'institutions romaines. Les termes latins eux-mêmes ont été conservés.

(1) 1, Code (4, 20) *de testibus*: « X Κατὰ ἐγγράφου μαρτυρίας ἄγραφος μαρτυρία οὐ προσφέρεται. » — « ...no debt or right once constituted by writing can be taken away by witnesses. » (*Erskine, Princ. IV, II, n° 11.*)

La « *collatio bonorum inter liberos* » n'est autre que notre rapport à succession : l'enfant doit imputer sur sa réserve les biens reçus du vivant de ses parents, sauf volonté contraire de ces derniers...

La réserve héréditaire est appelée « *legitim* », *legitima portio*. Toute atteinte à la réserve dans la succession du père, et depuis le *Married Women's Property (Scotland) Act*, 1881, dans la succession de la mère, donne à l'enfant déshérité le pouvoir d'attaquer le testament comme *inofficiosum*, et un droit de succéder *contra tabulas*. Quel est le montant de la réserve? Si le *de cujus* ne laisse pas de veuve (*if he leave no widow*), elle est de moitié pour les enfants; s'il laisse une veuve, elle est d'un tiers pour les enfants et d'un tiers pour la veuve (*jus relictæ*). Cette théorie, directement empruntée au *Corpus Juris*, n'est, suivant l'opinion classique, qu'une forme légèrement modifiée des théories romaines du « *testamentum inofficiosum* » et de la « *portio legitima* », créées par le préteur. Tous les Recueils d'arrêts du *xvii^e* et du *xviii^e* siècles, attribuent à la théorie écossaise une origine romaine (1).

* *
*

(1) Cette hypothèse est cependant discutée. La théorie de la légitime, d'après M. Goudy (*The Fate of the roman law*), doit

Dans le livre IV, *in fine*, de ses « *Principles*, » intitulé « *Of crimes* », Erskine étudie une théorie de la responsabilité, toute pénétrée de droit romain.

La simple négligence ne saurait constituer une infraction pénale, mais elle est punissable si elle est trop grossière. Ce principe écossais est inspiré du droit romain, notamment du fragment II de Marcien, au Digeste, livre XLVII, titre IX, *de incendio*. « *Si fortuito incendium factum sit, venia indiget, nisi tam lata culpa fuit, ul luxuria aut dolo sit proxima* » (1).

Suivant le même principe, l'enfant ne peut se rendre coupable d'une action criminelle, « *incapable of a criminal action* », dit le texte d'Erskine (*Princ.* IV, IV, n° 3), « *lege Cornelia non tenetur, cum eum innocentia consilii tuetur* », disait le fragment 12 de Modestin

vraisemblablement son origine à la vieille coutume de l'Angleterre. En effet, la théorie du *jus relictæ* était absolument inconnue des Romains. Or, dans l'ancien droit anglais, un testateur, laissant une veuve et des enfants, ne pouvait disposer par testament que du tiers de l'hérédité; la part de la veuve et celle des enfants étaient chacune d'un tiers, désigné sous le nom de « *rationabilis pars* ». Telle est la règle exprimée dans Glanville (L. 2, c. 5; voir *Blackstone's, Com.*, II, 443). Cette règle fut copiée par l'auteur du *Regiam Majestatem*; mais tombée en désuétude en Angleterre, elle survécut en Ecosse; et, ajoute M. Goudy, les juristes écossais, remarquant l'analogie de la *rationabilis pars* des enfants avec la *portio legitima* romaine, appuyèrent son autorité sur les Pandectes et le Code. Le nom seul de l'institution écossaise serait romain.

(1) Voir également : 7, Dig. (48, 8).

au Digeste, livre XLVIII, titre VIII (1). Mais en Ecosse, en l'absence de statut déterminant l'âge où doit commencer la responsabilité, le juge a un large pouvoir d'appréciation.

On peut se rendre coupable d'une infraction pénale, non seulement comme auteur principal, mais comme complice, suivant les expressions latine : « *ope et consilio* », ou écossaise : « *art and part* ». A ce propos, il est à remarquer qu'Erskine invoque encore les textes du droit romain, notamment le rfragment 50, § 3, d'Ulpien au Digeste, livre XLVII, titre 2, *de furtis* (2).

Le vol est défini comme en droit romain (3) : une immixtion frauduleuse dans la propriété d'autrui en vue de faire un gain, « *a fraudulent intermeddling with the property of another with a view of making gain* ».

Le faux (*forgery*) consiste dans l'altération d'écritures, « *in the falsifying of writings* (4) ». Le droit romain le considérait comme un crime capital, et le

(1) Voir également : 22, Dig. (48, 18).

(2) « *Consilium autem dare videtur, qui persuadet et impellit atque instruit consilio ad furtum faciendum...* » Toutefois le simple conseil, qui, en droit romain (36, *principium*, Dig., liv. XLVII, tit. II : « *qui servo persuasit, ut fugeret, fur non est...* ») n'était pas punissable est, en Ecosse, comme dans la plupart des pays, passible de la même peine que le crime.

(3) « *Theft is defined, by the author, following the Roman law.* » (Erskine, *Princ.* IV, IV, n° 30.)

(4) 32, Dig. (48, 10) : « *Qui edicta proposita dolo malo corrumpunt, falsi paena plectuntur.* »

droit écossais adopte cette opinion; si toutefois le faux est d'importance minime, il est puni seulement d'une peine laissée à l'appréciation du juge.

Ni en droit romain, ni en droit écossais, le parjure, malgré ses très graves conséquences, n'est jamais puni d'une peine capitale. La peine du faux serment prêté en justice était la confiscation des meubles, l'emprisonnement pendant un an, et l'infamie; cette peine fut ensuite étendue, sauf quelques variations, au parjure en général.

Le droit romain (3, § 1 et § 2, Dig., liv. XLVII, titre XX) déclarait coupable de stellionat et frappait de peines publiques celui qui aliénait ou hypothéquait une chose sans déclarer les hypothèques existant sur elle; la peine variait suivant la gravité de l'acte frauduleux. Le droit écossais, en cette matière, applique les textes romains.

La juridiction compétente pour connaître d'une infraction pénale est celle du lieu de sa perpétration; de cette manière, écrit Erskine, se référant à un texte de Callistrate, fragment 28, § 15, au Dig., livre XLVIII, titre X, *de poenis*, le châtiment servira d'exemple et le légitime ressentiment de la victime et de ses amis sera apaisé (1).

(1) Erskine, *Princ.* IV, IV, n° 46: « ...those under whose eye the fact was perpetrated will, by seeing it also punished, be most effectually deterred from copying after such examples; and the

A défaut de statut spécial, les infractions pénales se prescrivent, dans la coutume écossaise, par vingt ans, à moins que l'inculpé ne se dérobe à la justice, conformément à la loi 12, au Code, livre IX, titre XXII (1).

just resentment of the person injured, or his friends, will be most amply satisfied. » — Texte du Digeste précité : « ...ut et conspectu deterreantur alii ab isdem facinoribus et solacio sit cognatis et adfribus... »

(1) « Crimes prescribe, both by the Roman law and by the custom of Scotland, in twenty years... » (Erskine, *Princ.* IV, IV, n° 66.)

DEUXIÈME PARTIE

CHAPITRE PREMIER

Le droit Romain s'applique-t-il en vertu d'une disposition Législative ?

Dans l'un de ces petits discours qui précèdent les décisions des Cours de Grande-Bretagne et qui correspondent à nos attendus français, Lord Anderson, un des magistrats qui siégeait lors de l'arrêt *Mustard* contre *Paterson* (1), s'exprimait en ces termes : « *If a legal system like ours desires to borrow from the law of another country, this may be done in one of two*

(1) *Mustard contre Paterson*, 1923, S. C. 142 ; 1923, S. L. T. 21.

ways (1) : *By formal and express adoption by means of an Act of Parliament.* (2) *The other method is by the establishment of customary law similar to that which is copied.* » Il n'y aurait donc que deux moyens pouvant fonder un emprunt aux règles d'une législation étrangère : l'adoption expresse de cette règle par un acte du Parlement ou l'établissement d'une coutume similaire (1).

Arrêtons-nous, pour l'instant, à la première hypothèse.

Erskine l'avait déjà formulée dans ses *Principles of the law of Scotland* (livre I, titre I, n^{os} 9 et 15). Il énumère un certain nombre d'Actes du Parlement indiquant le droit romain comme droit commun, comme « *common law* » (2). Dans les statuts de 1493, c. 51 et 1540, c. 69, les pouvoirs exercés par la couronne et les juges sont justifiés par leur conformité avec le droit romain et le droit canonique. Un statut spécial, celui de 1567, c. 31, fut jugé nécessaire, postérieurement à la Réforme, pour l'abrogation des textes en contradic-

(1) La deuxième hypothèse fera l'objet du chapitre suivant.

(2) Voir : « *The Sources of the Law of Scotland* » dans le « *Legal Observer* », vol. IV, 1832, p. 289 et s. : « *The Roman and canon law compose what is strictly the Common Law of Scotland.* » Quand les actes emploient l'expression plus complète « *the common law of the realm* », ils désignent la loi coutumière ancienne de l'Ecosse, dérivée ou du droit romain, ou du droit féodal, ou de quelque autre source, « *our ancient customary law* » (Erskine) ; « *the ancient usages of the country, whether derived from the Roman law, the feudal custom, or whatever other source* » (*Legal Observer*, précité),

tion (*repugnant*) avec la religion Protestante (1).

Les statuts 1585, c. 18; 1540, c. 80; 1551, c. 22; 1503, c. 79; 1584, c. 131, désignent également le droit romain comme « *common law* ».

Sir George Mackenzie, dans son Traité « *On Criminal law* », dit également que les juges obéissent au droit romain, comme il résulte de plusieurs Actes du Parlement le désignant sous le nom de « *Common law* » (*wherein the Civil Law is called the Common Law*).

Faut-il voir, dans ces textes du xvi^e siècle, des dispositions ayant une valeur législative? Cela semble peu vraisemblable. D'ailleurs Erskine ni Sir George Mackenzie ne paraissent attacher à ces textes une telle interprétation.

Erskine reconnaît cependant au droit romain une grande autorité dans tous les cas où un statut ou une coutume ne l'écartent pas, et où le génie de la loi écossaise en souffre l'application (« *in all cases where it is not derogated from by statute or custom, and where the genius of our law suffers us to apply it* »).

(1) M. Mackay (*A sketch of the history of Scots Law, Journ. off., Jurispr.*, 1882, vol. XXVI, p. 113 et s.), signalant ce fait, remarque que le droit romain ne contenant guère de dispositions hostiles à la nouvelle Eglise ne perdit rien en autorité; au contraire, le droit canonique tomba dans le discrédit, sauf pour certaines institutions passées dans le « *Common law* » de l'Ecosse.

CHAPITRE II

Hypothèse d'une coutume Romanisée

Lord Anderson indiquait une deuxième hypothèse possible : le droit romain se serait introduit en Ecosse par l'adoption d'une coutume semblable. Et Lord Anderson ajoutait : « *That is the method which has been followed with reference to the edict in this country.* » L'Edit du Préteur : « *Nautae, Caupones, Stabularii* », invoqué par le jugement de Lord Anderson, n'aurait donc pas, comme d'ailleurs tout le droit romain, directement force de loi positive. Il aurait seulement une autorité indirecte, parce que ses dispositions se seraient infiltrées dans la coutume, et auraient été adoptées par elle. La coutume se serait romanisée, et c'est ainsi indirectement que le droit romain aurait sa force actuelle.

Suivant cette hypothèse, l'autorité du droit romain en Ecosse serait analogue à celle qu'il exerça, du Moyen

âge à la Révolution, en France, dans les pays du Midi. Il forma la « coutume générale du Midi », et son autorité lui vint « non pas de la promulgation oubliée de l'époque romaine ou de l'époque barbare, mais de son caractère d'usage local, de coutume séculaire (1) ». Le droit romain n'est pas invoqué à titre de « raison écrite » comme dans les pays de coutume, mais à titre de « *jura scripta quibus utuntur ab antiquo* ». La situation ne serait pas différente en Ecosse.

Cette hypothèse est-elle vraisemblable? Elle semble confirmée par les événements qui ont marqué les étapes successives de l'histoire écossaise. L'Ecosse eut des rapports constants et étroits avec le Continent et surtout avec la France, pendant une période longue de plus de deux siècles, lors de la guerre d'Indépendance, qui ne devait cesser qu'à la suite de la Réforme, au moment de l'Union de 1603, quand Jacques VI d'Ecosse, devenu Jacques I^{er} de Grande-Bretagne, réunit sur sa tête les couronnes d'Angleterre et d'Ecosse. L'alliance franco-écossaise servit aux rois de France à faire équilibre, pendant la guerre de Cent Ans, à la puissance de l'Angleterre. La nationalité française fut accordée de plein droit aux Ecossais, et réciproquement. François II épousa la malheureuse reine d'Ecosse, Marie-Stuart, qui devint ainsi une reine de France. L'Ecosse fournit aux

(1) BRISSAUD, *Histoire générale du droit français*, 1904, t. I, p. 153.

rois de France la fameuse « garde écossaise », qui, fondée sous Charles VII, donna son titre à la première compagnie des gardes du roi jusqu'à la Révolution. Le « Collège des Ecossais » sur la montagne Sainte-Geneviève, remporta un succès dont nous avons conservé la mémoire. Ajoutons, à côté des échanges d'idées, les échanges matériels et le commerce régulier entre l'Ecosse et la France, mettant en application les notions juridiques (1). Serait-il donc surprenant que les règles du droit aient pénétré en Ecosse par la voie de la coutume et soient entrées dans la pratique écossaise?

Mais, quoique vraisemblable, cette théorie est insuffisante. Elle est en contradiction avec l'état actuel de la législation. Le droit romain est bien invoqué à titre de loi positive; il a une autorité directe et immédiate. Nous ne constatons pas seulement une coutume écossaise imprégnée de droit romain, mais des textes romains appliqués à l'état pur. C'est donc plutôt par un phénomène de réception, analogue à celui qui s'est produit en Allemagne au xv^e siècle, que se fit en Ecosse, à une époque controversée, l'introduction du droit romain.

(1) Mentionnons ici la fraternité de race et de souvenirs unissant les Celtes d'Armorique et de Grande-Bretagne. Pour perpétuer ces liens, un premier Congrès panceltique, resté célèbre par les strophes du « Toast aux Gallois », de Lamartine, s'est tenu, le 12 octobre 1838, au Pays de Galles. Le cinquième Congrès panceltique se tint à Quimper, du 6 au 13 septembre 1924; Lord Ashbourne, en highlander, représentait l'Ecosse.

CHAPITRE III

Hypothèse de la réception du Droit Romain au XVI^e Siècle

L'adoption du droit romain, d'après cette nouvelle théorie, ne fut pas le résultat d'un acte législatif ni d'une autorité politique d'aucune sorte. Et ce ne fut pas non plus le résultat d'un mouvement du peuple. Ce fut un mouvement purement intellectuel et un acte purement volontaire, non pas du peuple, mais d'une nouvelle profession de juristes (*newly born legal profession*) (1), avec l'assentiment tacite du peuple.

L'introduction du droit romain en Ecosse est liée à la transformation qui s'opéra dans l'organisation des

(1) Voir également Irvine, *Roman law*, dans *Green's Encyclopedia*.

Cours, faisant passer le pouvoir judiciaire des magnats de la terre dans les mains des praticiens du droit, laïques ou ecclésiastiques. Avant ce moment, aucun système de jurisprudence ne pouvait s'établir; la Cour d'Ecosse était encore ambulatoire, et ses membres changeaient fréquemment (1). Il y avait bien quelques coutumes générales et un grand nombre de coutumes locales, ainsi qu'une certaine uniformité dans la procédure; mais les premiers tribunaux laïques, le « *Parliamentary Committee of the Lords Auditors* » et le « *Judicial Committee of the King's Council* » étaient trop peu influents, et les Cours locales, que présidaient les barons ou leurs délégués, étaient trop indépendantes pour permettre à un système solide de droit commun de s'élaborer, en dehors toutefois des « *Consistorial Courts* » des Evêques.

La centralisation des pouvoirs judiciaires fut réalisée par la création, en 1532, par Jacques V, de la Cour de Session, composée par moitié de juges laïques et de juges ecclésiastiques; une *Faculty of Advocates*, ayant le privilège de plaider, y était adjointe.

En même temps, apparaissait en Ecosse la profession des praticiens laïques, ou avocats, ayant une connaissance approfondie du droit romain. Les Cours et

(1) Au contraire, la Cour d'Angleterre eut un siège fixe à Westminster, dès le règne de Jean, en vertu de la célèbre clause de la Grande Charte, en 1215.

les praticiens appuyaient leurs décisions ou leurs opinions sur les textes romains, leur demandant de fournir la solution des difficultés que ne prévoyaient pas les anciennes lois d'Ecosse.

Enfin, ce mouvement coïncida avec la Renaissance du droit romain en Europe. Des rapports très étroits s'établissent entre l'Ecosse et le Continent, particulièrement avec la France. La Cour de Session est instituée sur le modèle du Parlement de Paris. Les jeunes Ecossois, malgré la fondation d'Universités dans leur patrie, vont encore en foule faire leurs études à l'étranger (1) et à leur retour « ils vivent et agissent et passent leur existence dans le droit romain (2) ». Les juristes écossais viennent fréquenter les Chambres de la Cour Suprême française, et apprendre leur droit dans les cabinets des grands avocats français (3). Dans leurs emprunts très étendus au droit romain, ils appellent leurs autorités « *all the doctors* », quelquefois « *the juriscon-*

(1) « ...on the contrary, the desire of the learning caused a great increase » (J. Dove Wilson, *The study of the History of law in Scotland*, *Juridical Review*, vol. XVI, année 1904, p. 54 et s.).

(2) « *The lived and moved and had their being in Civil law.* » (Will C. Smith, *The sources of Scots law*, *Jur. Rev.*, vol. XVI, 1904, p. 382.) Cf. Morison's *Dictionary of Decisions*.

(3) « ...to haunt the halls of the French Supreme Courts, and to learn their law in the chambers of the great French pleaders. » (J. Dove Wilson, *Sources of the law of Scotland*, *Jur. Rev.*, vol. IV, 1892, p. 1 et s.)

sults »; et ils ont une telle habitude d'étudier le droit dans la langue latine qu'ils emploient constamment des maximes tirées des textes romains.

Le droit romain ne s'introduisit-il pas en Ecosse avant le xv^e siècle? « On l'a quelquefois soutenu, nous dit Dove Wilson, mais cette explication est mal fondée. »

Antérieurement au *Regiam Majestatem*, le premier recueil de droit écossais, explique notre auteur, on chercherait vainement des traces de droit romain.

Le *Regiam Majestatem* contient-il du droit romain? Ce recueil parut au xiv^e siècle (1). Il existait déjà en Angleterre un traité ou manuel (*treatise or manual*) de droit, paru vers 1187, et désigné généralement par le nom de son auteur présumé, le célèbre Chief Justice, Ranalphus de Glanvilla (2); or, lorsqu'on voulut écrire un manuel de droit écossais, on ne trouva, semble-t-il, rien de mieux que d'adapter le traité de Glanville (3). Le début de l'ouvrage, comme celui de Glanville, est un écho de la préface des *Institutes* de Justinien (*an echo of the preface to Justinian's Institutes*), et les premiers mots « *Regiam Majestatem* »

(1) Une traduction fut publiée par Sir John Skene en 1609.

(2) L'ouvrage est ainsi intitulé: « *Tractatus de legibus et consuetudinibus regni Angliae.* »

(3) La pratique des professeurs d'emprunter la « *summa* » d'un devancier, explique J. Dove Wilson (*Historical Development of Scots law*, *Jur. Review*, vol. VIII, p. 217 et s.), et de le refondre pour son propre usage, était courant au moyen âge.

donnent au livre son titre. Les trois-quarts du *Regiam Majestatem* sont copiés dans Glanville, et, dans les matières concernant la propriété, la famille et les successions, les différences entre les deux livres anglais et écossais sont insensibles (1). Les deux livres sont imprimés en colonnes parallèles dans le volume I de l'édition des Actes du Parlement d'Ecosse.

L'auteur du *Regiam* fut vraisemblablement un ecclésiastique, « *a church lawyer* », respectueux de la tradition romaine. Célébrant la gloire du roi, sous le régime duquel il écrivait, et qu'il appelle M. S. David (2), il admettait qu'il a seulement deux supérieurs : Dieu et la *Sacro-sancta Ecclesia Romana*. Or, Glanville n'en parle pas; Bracton dit même du roi d'Angleterre : « *Rex habet superiorem Deum. Item Legem per quam factus est rex. Item Curiam Suam* »,

(1) « *In regard to property, to family, and to succession, the law are identical* » (J. Dove Wilson, *Historical Development of Scots law*, précité); de même la procédure est la même, à cela près, que la compétence des Cours ecclésiastiques est plus étendue en Ecosse.

(2) De quel roi s'agit-il ? D'après M. Mackay, ce ne peut pas être de David I^{er}, parce que la copie littérale de la partie empruntée au droit féodal du traité de Glanville, qui n'écrivait qu'après la mort de David I^{er}, rend cette hypothèse impossible; c'est peut-être David II, mais il est plus probable que l'insertion du nom de David fut une ruse du copiste pour donner au livre écossais l'apparence d'une plus grande ancienneté. Suivant des opinions autorisées, le *Regiam* aurait été écrit au moins deux siècles après l'époque de David I^{er}. (Voir, *infra*, l'opinion nouvellement émise par M. le Révérend Thomas Miller.)

« paroles d'or » (*golden words*), écrit M. Mackay, que la Constitution britannique a reçues des jurisconsultes féodaux, comme un des premiers principes sur lesquels elle repose.

Certains passages, quelquefois importants (*large excerpts*) de droit romain, qui ne sont pas dans Glanville, sont insérés dans le *Regiam*; par exemple, la théorie des pactes, les règles de l'arbitrage et du compromis, l'interdiction des donations entre époux, « *ne mutuo amore se spolient* », sont empruntées au droit canonique.

Malgré ces remarques, les partisans de notre théorie, affirment que ces traces de droit romain ne sont encore que de simples ornements, et signalent de nombreuses altérations dans les dispositions de la loi romaine reproduites : ainsi, dans la vente et le commodat, le *Regiam* déforme les principes romains en mettant le risque à la charge du vendeur jusqu'à la livraison, et à la charge de l'emprunteur, tant qu'il a sous sa garde l'objet emprunté; à propos du contrat de location, également, l'auteur, tout en employant les termes romains, met le risque à la charge du preneur, contrairement à la solution du Digeste.

Le droit romain fit tout au plus sentir indirectement son influence dans les Cours ecclésiastiques, où les décisions, s'appuyant sur le droit canonique, ouvraient

la voie à la loi romaine dont elles invoquaient quelquefois l'autorité.

Enfin, M. J. Dove Wilson déclare apercevoir une preuve directe de l'absence totale d'influence du droit romain dans la coutume écossaise avant le xv^e siècle. Quels étaient, en effet, les éléments susceptibles d'affecter, entre le xi^e et le xv^e siècles, la vieille loi anglo-saxonne : le droit féodal, apporté par les Normands, et le droit romain. Leur influence respective devrait surtout être sensible dans les lois des successions. Laissons de côté le droit des successions mobilières (*law of moveable succession*), profondément pénétré de droit canonique. Au contraire, le droit des successions immobilières se présente comme dégagé d'influences canoniques; a-t-il été affecté par le droit romain? La règle suivante est encore en vigueur en Ecosse : lorsqu'une personne, décédée intestat et sans héritier, laisse des frères et son père, les premiers prennent tout, le second ne prend rien. Il n'y a aucune disposition analogue à Rome, ni avant Justinien ni dans la *Novelle 118*. L'origine de la règle est dans la loi féodale : « *Successionis feudi talis est natura quod ascendentes non succedant* (1). »

(1) La loi féodale appelait à la succession les oncle, grand-oncle et arrière grand-oncle et leurs descendants, par préférence aux père, grand-père et arrière grand-père. En Ecosse, au contraire, le père succède par préférence à l'oncle, etc... Mais cette dernière règle prévalait déjà en Normandie, d'où est venue la loi *Scoto-Normande*.

Si le droit romain, conclut J. Dove Wilson, n'a pas pu, pendant quatre siècles, affecter la loi des successions, il est clair qu'il resta sans influence sur les autres matières. Le droit qui l'emporta (*was dominant*) en Écosse pendant ces quatre siècles, fut le droit féodal, plus exactement le vieux droit féodal normand, mais jamais le droit romain.

Le xv^e siècle amena la renaissance du droit romain. L'enthousiasme fut immense. Comme en dehors de la Bible, il n'y avait pas de théologie, comme en dehors d'Aristote il n'y avait pas de philosophie, de même en dehors du *Corpus Juris* il n'y avait pas de science du droit. De quel que pays qu'ils viennent : d'Allemagne, de Hollande, de Belgique, de France, d'Italie ou d'Espagne, les principes romains sont bien accueillis (1). Les juristes étudient le droit romain, les Cours l'appliquent; et le rôle des Cours dans cette introduction du droit romain est essentiel. La Cour de Session, nouvellement créée, libre de toute influence canonique ou féodale, se réfère au droit romain. On l'enseigne dans les Universités. La littérature juridique en est saturée (*saturated with it*).

Cet événement semble avoir été mal aperçu et mal compris, même au xvi^e siècle. Sir James Balfour, Pré-

(1) « *They were to be welcomed.* » (J. Dove Wilson, *The study of the history of law of Scotland*, précité.)

sident de la Cour de Session, qui écrivait vers 1575, ne paraît pas avoir eu conscience de la révolution pendant laquelle il vivait (« *unconscious of the revolution during which he lived* »). Il invoque surtout la loi des Quatre-Bourgs, le *Regiam Majestatem*. Dans son œuvre, nous dit M. J. Dove Wilson (1), les principes juridiques anglo-saxons, normands et romains, sont mêlés dans une étonnante confusion.

Sir Thomas Craig écrit déjà, vers 1600, dans le « *Jus feudale* » : « *Apud nos scriptarum legum maxima inopia, et naturaliter in plerisque negotiis jus civile sequimur.* » Il cite constamment le *Corpus Juris*, lui prêtant plus d'attention qu'au droit canonique. Par exemple, en matière de tutelle, il s'appuie presque exclusivement sur les textes romains (2) ; de même, à propos de la curatelle des mineurs, des fous et des prodigues, il suit avec respect le droit des Pandectes.

Il est inutile de rappeler l'influence du droit romain et son autorité incontestée dans les ouvrages des

(1) *Historical Development of Scots law*, Jur. Review, 1896, vol. VIII, p. 217 et s.

(2) Craig, II, 20 : Craig adopte la classification romaine des tuteurs en testamentaires, légitimes et datifs, suivant qu'ils sont nommés par testaments, appelés par la loi ou désignés par le magistrat. Il adopte également la classification des pupilles en infantes, *proximi infantiae*, et *proximi pubertati*. Il admet les règles du droit romain relatives à la garde du pupille et à l'administration de son patrimoine.

auteurs postérieurs à la Réforme : Sir George Mackenzie, Lord Stair, Erskine et Bell; à chaque page de leurs livres, avons-nous vu, nous rencontrons les doctrines du droit romain.

Le résultat de toute cette renaissance fut que le droit romain, au xvi^e siècle, devint « *jus receptum* » (1), en Ecosse, comme il l'était en Allemagne, en Hollande et dans d'autres pays du Continent.

Telle était la théorie généralement admise sur l'introduction du droit romain en Ecosse, jusqu'au jour où parut, dans une revue d'Edimbourg, une nouvelle conjecture.

(1) Goudy, *The fate of the Roman law*, 1894.

CHAPITRE IV

La réception du Droit Romain s'est-elle produite dès le XI^e Siècle ?.

Une récente conjecture a été émise par M. le Révérend Thomas Miller, dans un article de la *Juridical Review* (1). Le Révérend Miller a fait, le 24 septembre 1923, une découverte qui éclaire d'une lumière nouvelle, la question de l'introduction du droit romain en Ecosse et explique comment il se fait que le droit romain soit appliqué encore aujourd'hui comme droit positif. Le droit romain fut bien l'objet d'un phénomène de réception. Mais cette réception se serait produite, non pas au xvi^e siècle, mais dès le xi^e siècle.

Le Rév. Miller remarque qu'au xii^e siècle, le roi

(1) Tome XXXV, année 1923, p. 362-375.

David I^{er} et ses barons avaient une exacte connaissance de la loi du Saint Empire romain (*the law of the Holy Roman Empire*). Comment se fait-il qu'ils aient ainsi connu la loi du Continent?

A cette question, le Rév. Miller a trouvé récemment une réponse. Il parvint à identifier le livre donné, avec l'assentiment de David I^{er}, de ses évêques et de ses barons, par Robert, évêque de Saint-Andrews, à son chapitre pour servir à l'administration du chapitre et du diocèse. Ce livre, qui consiste en collections de droit canon et de droit romain, est intitulé : « *Exceptiones Ecclesiasticarum Regularum* »; ce titre fut révélé par une citation de Lord Selborne, Lord Chancellor of England, contenue dans les « *Ancient Facts and Fictions concerning Churches and Titles* » (éd. 1892, p. 83).

L'auteur du livre en question est Yves, évêque de Chartres (1091-1116). Or, il existe deux livres de droit d'Yves de Chartres (*Ivo's Decretum*), et la Panormie ayant pour auteur Yves, évêque de Chartres : le Décret (*Ivo's Panormia*).

Ouvrons le texte du *Decretum*, édité en 1561 par Molinaeus, professeur de droit canon à Louvain. Les trois premiers mots du Prologue ne sont autres que « *Exceptiones Ecclesiasticarum regularum* », c'est-à-dire le titre même du livre offert par l'évêque Robert

à son chapitre. Or, il était d'un usage courant de désigner les ouvrages par les mots de leur première phrase (1). Ce livre d'Yves de Chartres, quoique très fortement imprégné de droit canon, reproduit fréquemment le Code Théodosien et contient de nombreuses références aux Institutes, au Code, aux Pandectes, aux Nouvelles; et l'on y trouve l'Edit du Préteur, « *Nautae, Caupones, Stabularii* », appliqué dans le récent arrêt de la Cour de Session, *Mustard* contre *Paterson* (Pars XVI, c. 171).

Ouvrons maintenant, continue le Rév. T. Miller, l'édition des deux ouvrages d'Yves de Chartres en un volume, par l'abbé Migne. Nous constatons que tous deux sont précédés du Prologue où reviennent ces trois mots : « *Exceptiones ecclesiasticarum regularum* », avec cette différence insignifiante que le texte de l'édition Migne porte « *Excerptiones* » au lieu de « *Exceptiones* ».

Le livre donné par l'évêque Robert était-il donc le *Decretum* ou la *Panormia*? Peut-être bien les deux ensemble.

Dès lors, une double question se pose : y a-t-il eu des relations entre l'Ecosse et le diocèse de Chartres où Yves exerçait son autorité? et les livres d'Yves de

(1) Tous les décrets des Papes sont désignés de cette manière; de même, le livre écossais *Regiam Majestatem* a reçu son titre des premiers mots de son Prologue.

Chartres furent-ils en vigueur dans les Cours et dans les tribunaux ecclésiastiques sous le règne de David I^{er} ?

Les relations entre l'Ecosse et le diocèse de Chartres paraissent certaines à plusieurs égards. David, avant de monter sur le trône d'Ecosse, en 1117, vint en personne visiter l'abbaye de Tiron, dans le diocèse de Chartres (1).

Ce diocèse était extrêmement florissant. Il est intéressant de considérer la charte de fondation de l'Abbaye de Tiron, octroyée par Yves en 1113 : l'Abbaye est affranchie de toute juridiction supérieure excepté de l'évêque; l'abbé de Tiron a donc une place d'honneur parmi les prélats du diocèse de Chartres. Lors de cette visite à Tiron, David, se proposant de fonder une nouvelle Abbaye en Ecosse, eut certainement le désir de faire adopter le *Decretum* et la *Panormie* d'Yves de Chartres, qui était considéré comme le plus grand canoniste d'Europe (2).

Geoffroi le Gros, dans sa *Vie de Bernard*, premier

(1) Voir l'Atlas de Bleau, vol. VII, carte de Belsia, vulgo La Beausse.

(2) « A prelate who, like Ivo of Chartres, knew how to speak out and to gain the ear of popes, kings, bishops, and lords, certainly exercised in France a power of action stronger and more pregnant with result than the obscure ministers of a weak, discredited king. » (Professor Louis Halphen, University of Bordeaux, dans *Cambridge Mediaeval History*, 1923, vol. III, p. 133.)

abbé de Tiron (1), raconte cette visite du comte David.

David, nous dit Geoffroi, emmena en Ecosse un grand nombre de moines du diocèse de Chartres. Notamment, il quitta Tiron avec douze moines et un abbé pour former le chapitre de Kelso. Mais Geoffroi ajoute deux mots significatifs : « *cum lege prae-missa* ». David ne se contenta pas d'emmener des moines, mais il emporta leur loi, c'est-à-dire nécessairement les livres d'Yves, évêque du diocèse de Chartres. Kelso eut en Ecosse la même importance que Tiron.

L'exemple de David fut suivi. Hugo de Morville, fondant Kilwinning, fit venir des moines de Tiron; lors de la fondation de l'abbaye d'Arbroath, William the Lion fit de même.

L'évêque John de Glasgow quitta son diocèse pendant plusieurs années, avec l'assentiment de David I^{er}, et vint séjourner dans le diocèse de Chartres à Tiron. A son retour, il ramène, sans aucun doute, la loi et les usages en vigueur dans le diocèse de Chartres.

David, à la demande de l'évêque John, accorda au monastère de Tiron le droit de venir pêcher chaque année en bateau, dans les eaux écossaises et d'aborder dans un port écossais (2).

(1) *Patrologia Latina*, vol. CLXXII, pp. 1426-1427.

(2) Où fut octroyée cette chartre ? A Cluni. D'après M. Lucien de Merlet, éditeur du Cartulaire de Tiron, ce serait Clugny, en France. D'après Sir Archibald Lawrie, ce serait Clugny, dans le diocèse de

Il est donc certain que des relations très étroites, même en dehors de l'alliance avec la France, ont existé entre l'Ecosse et le diocèse de Chartres.

Enfin, le Prieuré de Saint-André, les Abbayes de Holyrood et de Cambuskenneth, le Prieuré de Jedburg étaient de l'ordre des Chanoines réguliers de Saint Augustin, fondé par Yves. Il put donc sembler désirable à Robert, évêque de Saint-Andrews, de posséder les ouvrages d'Yves de Chartres dans la bibliothèque du Prieuré.

Yves fait souvent appel au droit canon, mais il fonde très fréquemment son argumentation sur le droit civil romain (*Ivo grounds his contention quite frequently on Roman Civil law*). Le Rév. Miller a recueilli soigneusement de nombreux textes (1), et l'on voit à quel

Dunkeld, en Ecosse. La première opinion semble meilleure : en effet, le nom de l'évêque de Dunkeld ne figure pas au nombre des témoins ; d'ailleurs, nous savons, d'après Neander (*Vie de Saint Bernard de Clairvaux*) que les études étaient fort en honneur à Clugni. Et nous avons la preuve par une lettre d'Yves à Pontius, abbé de Clugni, que ce dernier reçut le *Decretum* et la *Panormia* : « *Collectiones Canonum* » dit Yves dans cette lettre « *quos a me postulastis et opuscula mea quae his addi voluistis in monumentum dilectionis per dominum Ernaldum modo monachum vestrum olim clericum nostrum trans misi vobis* ».

(1) Lettre 180 : « *Continetur in libro Constitutionum* (liv. XXIII, Code, de Nuptiis, quia...). » Lettre 178 : « *Habent enim leges imperiales quia filio familias dissentientes, nequaquam possunt sponsalia sub nomine ejus contrahi* (liv. XII, Code, de nuptiis, et liv. XI de ritu nupti). » Lettre 212 : « *Continetur tamen in libro Institutionum de heredibus...* » Lettre 176 : « *Novit autem vestra paternitas quia leges saeculi* (liv. XII, Code, de nuptiis). »

point l'Ecosse, en possession des « *Exceptiones Ecclesiasticarum Regularum*, était avancée dans la connaissance et dans la pratique de la loi.

Les *instrumenta* de David, dit Innocent le Grand, étaient « *maximae auctoritatis in partibus Scotticanis* ». L'Archidiacre et l'Official du diocèse de Saint-Andrews avaient journellement devant eux les *Exceptiones Ecclesiasticarum Regularum* d'Yves de Chartres. L'Abbe et le Prieur d'Arbroath étaient de l'Ordre de Tiron. La Curia Regis de David était la principale école de droit d'Europe. Il est donc facile de comprendre que David ait donné l'ordre à un membre de cette Curia Regis de compiler le *Regiam Majestatem*, qui fut achevé sous le règne de William the Lion.

Le Rév. T. Miller appuie encore sa conjecture sur l'intérêt du roi David. Sa prérogative royale se fondait sur le fameux paragraphe 6 des *Institutes*, livre I, titre II, *De constitutionibus principum* : « *Sed et quod principi placuit, legis habet vigorem...* » sur lequel s'appuyaient les rois et les empereurs d'Orient et d'Occident au Moyen Age.

L'hypothèse du Rév. Miller est donc une véritable

Lettre 167 : « *Legitur in leges Novellarum, Nov. 22, de nuptiis...* »

Lettre 99 : « *Unde etiam in libro Pandectarum continetur (libro XXIII, tit. I), in Sponsalibus...* » Etc., etc...

révélation sur cette question controversée et incertaine de l'introduction du droit romain en Ecosse. Cette introduction s'est donc produite vraisemblablement par un phénomène de réception dès le xi^e siècle; l'autorité du droit romain comme loi positive s'explique par une raison d'ordre législatif absolu.

CONCLUSION.

L'Ecosse présente donc un droit profondément romanisé. Elle a développé ses institutions juridiques au contact de l'antiquité romaine dont l'influence les a intimement pénétrées, et qui constitue leur base, suivant l'expression d'un jurisconsulte, « *the basis of Scots law* », (1).

La tradition romaine se perpétuera-t-elle en Ecosse dans son état actuel? Les Ecossais semblent conserver jalousement cet héritage, et manifestent un certain mépris pour le droit du pays voisin auquel ils sont étroitement unis sous la même couronne, le droit de l'Angleterre. Un juriste écossais, souhaitant la codification des droits de l'Ecosse et de l'Angleterre, en exposait les conditions : de même que ce fut un roi d'Ecosse, disait-il, qui monta sur le trône de Grande-Bretagne quand les couronnes furent réunies sur la

(1) Morton, *Manual of Scots law*.

même tête, de même lors de l'union des droits, une foule des principes et certaines parties de la jurisprudence écossaise passeront dans le futur Code britannique (1). Les Ecossais considèrent généralement leur droit comme plus avancé que son rival. M. Goadby, dans sa récente « *Introduction au Droit* », affirmant la fusion actuelle du droit écossais et du droit anglais, soulevait les protestations de la *Juridical Review*. Et cette même revue d'Edimbourg raillait le *Solicitors' Journal* de Londres, qui avait eu la prétention de fournir aux praticiens anglais un résumé de droit écossais.

En vérité, cependant, certaines dispositions du droit anglais ont déjà pénétré en Ecosse. Et les éléments juridiques anglo-saxons ont été, en plusieurs matières, l'instrument d'un progrès et d'un perfectionnement des institutions écossaises. Car la législation romaine est une législation morte, et l'évolution des sociétés modernes et la naissance de besoins nouveaux font apparaître d'inévitables lacunes parmi les lois figées dans les textes romains.

Le droit anglais, au contraire, prétend n'avoir rien emprunté à la législation romaine. Il a toujours con-

(1) « ...as when the crowns were united the Scottish monarch ascended the British throne, so when the time comes for the union of the laws, many principles and some parts of Scottish jurisprudence will pass into the futur British Code (Mackay, *A Sketch of the history of Scottish law*, Journ. of Jurisprudence, tome XXVI, année 1882, p. 129).

servé son orgueilleuse indépendance à l'égard de tous les autres systèmes juridiques. Rappelons seulement ici la fameuse déclaration des barons anglais au Parlement de Merton, sous le règne de Henri III, rejetant la loi canonique de la légitimation par mariage subséquent : « *Nolumus leges Angliae mutari.* » Rappelons également la réponse de ces mêmes barons à la bulle d'excommunication du pape Innocent III au lendemain de la *Magna Charta* du roi Jean : « *Non pertinet ad Papam ordinatio rerum laïcarum.* » Le droit anglais s'est donc développé comme en vase clos hermétiquement scellé, impénétrable à toute influence de la tradition romaine. Sa puissante originalité est la conséquence de ce développement.

L'Ecosse a donc cherché dans le droit anglais le complément de son système juridique. La fiducie romaine de l'époque classique n'avait aucune place dans les textes de Justinien; et l'institution moderne des *Trusts* et *Trustees*, tout dernièrement refondue dans le *Trusts (Scotland) Act de 1921* (11-12 J. V., ch. 58) n'est qu'un emprunt direct au droit anglais. La cession de créance était presque inaperçue à Rome; et l'Ecosse, aujourd'hui, possède une réglementation complète de l'« assignation », copie de l'« *assignment* » anglais. La théorie de la représentation, en droit romain, n'avait pas le développement complet

de l' « *agency* » anglais (1), qui pénètre en Ecosse. En procédure, l'acte attesté écossais, réglé par les articles 37 et 38 du *Convèyancing Act*, 1874 (37-38, *Victoria*, c. 96) est imité de l'acte scellé anglais. Enfin, de nombreux Actes sur les successions *ab intestat* et sur l'exécution des testaments ont introduit en Ecosse des dispositions imitées de la pratique anglo-saxonne, si perfectionnée sur ce point.

En conséquence, une observation s'impose : un droit d'origine romaine et un droit d'origine anglo-saxonne entrent en combinaison dans les matières où le droit romain offre des règles insuffisantes et des institutions incomplètes. Le droit anglais pénètre; mais le droit romain réagit; le génie romain assimile les éléments anglo-saxons, les assouplit et les absorbe dans un lent travail de fusion.

Cette unification ne sera-t-elle pas un jour celle des droits des nations civilisées? Ainsi que le disait un jurisconsulte anglais, Judge Wilson, il est à remarquer qu'en jetant un regard sur le monde, on ne peut apercevoir que deux systèmes de droit : celui de l'Angleterre et celui de Rome. (*If one casts his eye over the map of the enlightened world he will find but two systems of law or jurisprudence : the one of England,*

(1) « *The Roman law developed no such universal doctrines of agency as have worked out in England.* » (SELECT ESSAYS..., vol. III, p. 368 et s.)

the other of Rome. ») La combinaison de ces deux systèmes, la fusion de ces deux conceptions juridiques sera le spectacle de l'avenir, dont l'Ecosse nous donne une vue anticipée. Les principes du conflit des lois disparaîtront, comme en Grande-Bretagne, devant des principes nouveaux. L'unification, sans doute difficile dans le droit des personnes et dans le droit des biens, issus du fond national de chaque peuple, se réalisera dans les règles régissant la pratique des affaires, et l'amorce d'une législation future est peut-être jetée par l'esprit du droit écossais, servant de trait d'union entre les conceptions juridiques romaine et anglo-saxonne.

ANNEXE

(Nous sommes heureux de donner ici la traduction de l'arrêt *Mustard* contre *Paterson*, rendu par la Cour de Session d'Ecosse le 23 novembre 1922. Nous devons à l'extrême bienveillance de notre excellent maître, M. le Professeur Lévy-Ullmann, la communication de cette décision, rapportée dans le Recueil des arrêts de la Cour de Session (*Session Cases*), 1923, 3^e et 4^e fascicule, p. 142-157. Cet arrêt sera prochainement publié dans le *Sirey*, IV^e partie, et fera l'objet d'une note de M. le Professeur Lévy-Ullmann.)

WILLIAM MUSTARD, demandeur (intimé). — Wark, K. C. — Scoot.

ALEXANDER PATERSON, défendeur (appellant). — Mackay, K. C. — J. R. Dickson.

Contrat. — Dépôt. — Ecuries. — Loueur de chevaux. — Responsabilité pour dommage à un cheval

confié à sa garde. — Ecurie dépendant d'une auberge. — Edit Nautae Caupones Stabularii. — Réparation. — Négligence. — Charge de la preuve.

Les dispositions de l'Edit du Préteur, *Nautae Caupones Stabularii*, incorporé au droit de l'Ecosse, ne se limitent pas, dans leur application aux écuries, au cas des aubergistes qui reçoivent les chevaux de leurs clients de l'auberge, mais sont aussi applicables aux personnes tenant des écuries à titre de métier distinct et séparé.

Un fermier, avec qui un loueur de chevaux, qui n'était pas aubergiste, s'était mis d'accord pour recevoir son cheval à l'écurie, laissa l'animal à la garde d'un garçon d'écurie, qui le mit dans une stalle double à côté d'un autre cheval dont il avait antérieurement partagé la stalle. Lors de l'arrivée à l'écurie, il était sain; mais à la fin du jour, en le prenant de la stalle, on le trouva blessé et on dû l'abattre.

Dans l'action intentée par le fermier pour obtenir le remboursement de la valeur de son cheval, on soutenait que le maître de l'écurie était responsable (1) parce qu'il était soumis à

l'Edit et que, n'ayant pas établi l'origine de l'accident, il n'avait pas réussi à prouver que cet accident était dû à l'une des causes constituant une exception; et (2) pour cet autre motif (v. Lord Anderson) que, reconnaissant que le cheval était sain lors de la remise à ses soins, il reconnu sain lors de la remise à ses soins, il n'avait pas réussi à prouver que le dommage n'était pas dû à sa faute ni à celle d'une personne dont il fût responsable.

Observations de Lord Hunter, sur le sens à attribuer au « fait de Dieu » comme moyen de défense à une action de l'Edit.

Le 23 septembre 1920, William Mustard, fermier, Muirton, Drainie, intenta une action devant la Cour de Sheriff, à Elgin, contre Alexander Paterson, City Motor Works, Elgin, preneur à bail des écuries City Hotel, Elgin. Le demandeur réclamait le paiement de 69 livres 6 pence pour la mort de son cheval, survenue à la suite de blessures reçues, affirmait le demandeur, pendant le séjour dans l'écurie du défendeur.

Les faits de la cause, affirmés par le demandeur et confirmés par l'enquête, étaient exposés dans le jugement du Sheriff-substitute comme suit : « Considère

en fait — 1° Qu'en 1919, le défendeur avait pris à bail les écuries de City Hotel, Elgin. — 2° Que le demandeur, fermier des environs d'Elgin, suivant conventions verbales avec le défendeur, avait droit, moyennant le paiement annuel de 2 livres sterling, à placer dans l'écurie son cheval quand il était à Elgin, mais sans avoir droit à l'usage d'une stalle particulière. — 3° Que le 7 novembre 1919, le demandeur remit son cheval à un garçon d'écurie au service du défendeur, qui plaça le cheval dans une stalle double des écuries du défendeur, et que cette stalle était large de 9 pieds. — 4° Que le garçon d'écurie plaça ensuite un autre cheval dans la stalle, à côté de celui du demandeur. — 5° Que, pour les motifs précédents, ces deux chevaux avaient partagé la même stalle, et qu'on savait que tous deux étaient calmes et peu remuants. — 6° Que le cheval du demandeur était sain quand il fut mis à l'écurie. — 7° Que l'après-midi du même jour, quand le demandeur revint prendre son cheval, celui-ci était boiteux de la jambe hors montoir de devant. — 8° Que pour éprouver l'état du cheval, le demandeur l'attela et lui fit faire au pas, hors de l'écurie, un mètre et puis plusieurs mètres et enfin le ramena à l'écurie. — 9° Que le demandeur envoya alors chercher un vétérinaire, qui soigna le cheval. — 10° Que le 9 novembre 1919, le demandeur, sur l'avis du vétérinaire, donna l'ordre

d'abattre le cheval, qui fut, en effet, abattu. —

11° Qu'un examen *post mortem* fit découvrir que le cheval avait une luxation à l'épaule, et qu'il y avait des meurtrissures et de l'inflammation entre le thorax et l'épaule. — 12° Qu'il n'y avait aucune trace extérieure du mal, et aucun signe que les deux chevaux s'étaient battus. — 13° Qu'il n'y avait aucune preuve directe sur la cause du mal. — 14° Qu'il n'y avait aucun défaut de construction dans l'écurie, et que le garçon d'écurie avait toute capacité. — 15° Que la valeur du cheval était de 60 livres sterling, que le demandeur supportait une perte et un préjudice, résultant du mal fait au cheval, s'élevant à 5 livres, et qu'il était devenu débiteur du vétérinaire pour la somme de 4 livres 6 pence envers le vétérinaire pour ses soins au cheval. »

Le demandeur plaidait, *inter alia* : — « 1° Puisque le cheval a été victime de maux ayant entraîné la mort, au cours de la garde ou de la surveillance du défendeur ou de son préposé dont il est responsable, le défendeur doit réparation au demandeur.

Le défendeur plaidait, *inter alia* : — 2° Le défendeur, n'étant pas responsable des maux allégués ne doit pas être condamné, ni supporter les dépens. — 3° Le demandeur, ayant pris le cheval des écuries de City sans formuler de plainte sur son état, et revenant ensuite en alléguant une faute, est privé de toute récla-

mation sur la responsabilité du mal, et le défendeur doit être libéré de toute responsabilité et des dépens. — 4° Puisque le mal causé au cheval du demandeur a été la conséquence d'un accident dont le défendeur n'est pas responsable, celui-ci doit être absous et quitte des dépens. »

Une enquête fut autorisée et eut lieu, et, le 12 janvier 1922, le Sheriff-substitue (Howden) rendit ce jugement où, à la suite des motifs déjà cités, il déclara encore : — « 16° Que le mal du cheval du demandeur n'était pas la conséquence d'une faute ou d'une négligence du défendeur ou d'une personne dont il fût responsable. Considère en droit que le défendeur n'est pas responsable envers le demandeur de la perte du cheval : en conséquence, absout le défendeur... »

Le demandeur fit appel devant le Sheriff (Watt) qui, le 8 avril 1922, rendit cet arrêt : « Retient les motifs de fait n^{os} 1 à 15, énoncés au jugement du Sheriff-substitute du 12 janvier 1922. Rejette le dit jugement : Considère en droit que l'Edit *Nautae, Caupones, stabularii*, s'applique, et, en fait, que le mal subi par le cheval du demandeur n'est pas dû au « fait de Dieu »; Considère, en outre, que, même en admettant que l'Edit ne s'applique pas, le défendeur a la charge de la preuve que la cause du mal n'est pas une faute de sa part, et qu'il n'a pas réussi à s'en acquitter; Considère donc que le défendeur est rede-

vable au demandeur de la somme de 69 livres 6 pence, et rend, pour cette somme, une décision en faveur du demandeur contre le défendeur... »

Le défendeur fit appel devant la Cour de Session, et l'affaire vint devant la seconde Division (Lord Ormidale était absent) les 3 et 8 novembre 1922.

Arguments de l'appelant : I. L'Edit *Nautae, Caupones, Stabularii*, a été incorporé au droit de l'Ecosse. Cependant, comme il énonce une responsabilité d'un caractère très rigoureux, les Cours devront hésiter à étendre son application à des cas où elle ne serait pas déjà nettement admise. Ses dispositions ne s'appliquent pas aux cas de cette espèce, où une personne tenant une écurie indépendante d'une auberge s'est volontairement engagée envers le propriétaire à loger son cheval un certain temps, mais seulement au cas où le client d'une auberge a mis son cheval dans les écuries de l'auberge. On trouve la justification de la responsabilité dans le fait qu'un aubergiste, à la différence d'un simple maître d'écurie, se présente comme un serviteur du public, dont les locaux sont ouverts à volonté pour loger les voyageurs et leurs chevaux. L'étude des juristes écossais, et, en particulier, de Stair et de Bell (1), conduit à cette conclusion qu'ils admettaient la distinction contestée maintenant, de

(1) Bell's Com. (M'Laren's ed.), vol. I, p. 488, 495 et 500, note 2; Stair I.xiii.2 et 3.

même que les textes des juristes romains indiquaient qu'en droit romain l'application de l'Edit subissait la même restriction (1). *Stabulum*, dans un sens dérivé, désignait aussi bien l'endroit où logeait le cheval que celui où logeait le propriétaire; le *stabularius* était celui « *qui mercede homines eorumque jumenta hospitio excipit* » (2). Ce n'était pas purement et simplement un loueur de chevaux, mais une personne d'un caractère analogue à l'aubergiste de nos jours ayant des écuries pour les chevaux de ses clients (3). Les autorités citées ci-dessus n'autorisent donc pas l'extension du principe de l'Edit au cas d'un individu dans la situation de ce défendeur, et les décisions écossaises rapportées ne fournissent pas la preuve concluante que les Cours l'aient jamais considéré comme soumis à l'Edit. Dans *Hay contre Wordsworth* (4) sa possibilité d'application a été admise, mais sans discussion; également dans les procès *Hagard contre Inglis* (5), *Laing contre Darling* (6), et *M'Donnell contre Ettles* (7), on ne plaidait pas sur l'Edit, parce qu'on ne le considérait pas, semble-t-il, comme

(1) *Nugent contre Smith* (1875), I C. P. D. 19, p. 29 en note, citant *Denman J.*; Dig. IV.IX.5; *Jur. Review*, III, p. 306.

(2) *Facciolati's Lexicon*; *Lewis and Short's Latin Dictionary*; *Du Cange, Glossarium Mediae et Infimae Latinitatis*, p. 343.

(3) *Stewart, Law of Horses* (1892), p. 115.

(4) 13 février 1801, F. C., M. voce « *Nautae; etc...* », app. n° :

(6) (1850) 12 D. 1279.

(5) (1832) 10 S. 506.

(7) 15 décembre 1809, F. C.

s'appliquant à ces personnes-là. A cet égard, la contestation soulevée maintenant trouve un appui dans le droit anglais, qui a établi pour le loueur de chevaux une responsabilité moins rigoureuse que celle liant les aubergistes et transporteurs (1). En tout cas, même si l'Edit concernait les maîtres d'écuries comme tels, son application serait rejetée à la lumière des faits démontrés ici. Son effet est limité aux cas de perte effective et ne s'étend pas aux cas de simple dommage. En l'espèce, le propriétaire, trouvant son cheval blessé dut l'abattre. A l'égard de l'admission de la responsabilité de l'aubergiste (2), cela est essentiellement différent de la perte que causent les autres clients dans une auberge. Cependant encore, si l'Edit s'appliquait, le mal fait au cheval rentrerait dans la catégorie des exceptions qui feraient rejeter la demande. Ce point a été discuté devant le Sheriff et pris en considération par lui dans son jugement, bien que ce ne fut pas expressément plaidé devant cette première Cour, et on admit, sur l'autorité de *Sutherland* contre *Thomson* (3), que le défendeur pouvait en tirer argu-

(1) Searle contre Laverick, (1874) L. R., 9 Q. B. 122, Blackburn J., p. 126; Barnard contre How (1824) 1 G. et P. 366; Addison on Contracts (II^e éd.) p. 766; Cf. Innkeepers's Liability Act, 1863 (26 et 27 Vict. chap. XLI), sec. 1.

(2) Stair I.xiii.3.

(3) (1905) 8 F. (H. L.) 1.

ment (1). L'événement survenu est, suivant l'expression du Professeur Bell (2), un « accident naturel », qui, selon toute apparence, devait être dû à quelque mouvement du cheval lui-même, d'un caractère anormal et qui n'aurait pu être évité par des précautions multipliées. Les témoignages d'ailleurs ne révèlent aucune omission par le défendeur des précautions raisonnables pour la sécurité de l'animal. Ils font rejeter complètement l'idée même de *culpa levis-sima* (3), et on doit estimer que le défendeur a repoussé la présomption de négligence (4). L'action, en tant que fondée sur l'Edit, échoue donc. — II. Si l'Edit ne s'applique pas, l'action échoue également. Le défendeur est seulement responsable de sa négligence ou de sa faute sujette à poursuite (5). Une faute, d'ailleurs, n'a été ni affirmée ni prouvée. Si, eu égard aux termes de ce contrat particulier, le défendeur avait la charge de prouver qu'il avait pris toutes précautions raisonnables, il s'en est acquitté (6). Il a procuré une écurie convenable et un garçon d'écu-

(1) Stair IV.1.50.

(2) Bell's Prin., (10^e éd.), sec. 235 et 237 note.

(3) Hay contre Wordsworth, 13 février 1801, F. C., M. voce « Nautae, etc... » App. n^o 1.

(4) Dawson contre Chamney (1843) 5 A. et E. 164; Morgan contre Ravey (1861) 6 H. et N. 265.

(5) Sutherland contre Hutton (1896), 23 R. 718, Lord Young, p. 722.

(6) Bell's Prin. (10^e éd.), sec. 155 et 236; Wilson contre Orr (1879), 7 R. 266; M'Lean contre Warnock (1883), 10 R. 1052.

rie capable. Il n'y a, en outre, aucun lien évident de cause à effet, entre le fait de placer deux chevaux dans une stalle unique — usage universellement pratiqué à Elgin les jours de marché — et l'accident. Autant que l'établissent les dépositions, le même mal aurait pu se produire si le cheval avait été isolé. Les autorités invoquées par le demandeur sur ce point du litige s'appliquent aux obligations naissant du louage ou de contrats analogues, et sont étrangères à l'espèce.

Arguments de l'intimé : I. L'objection du défendeur que la responsabilité, énoncée par l'Edit incorporé au droit d'Ecosse, lie seulement les personnes exerçant à la fois les métiers de maîtres d'écurie et d'aubergiste, est inexacte. Le langage des juristes écossais (1) ne justifie pas l'hypothèse qu'ils admettaient une telle distinction, et la conclusion à tirer des textes des commentateurs de l'Edit est aussi contraire à l'objection du défendeur (2). Rien ne justifie, en principe, une distinction en faveur du maître d'écurie,

(1) Bank. I.XVI.1, p. 379; Bell's Dict. 477, 669, 935; More's Notes sur Stair, p. LVII, note H. citing Chisholm contre Fenton (1714), M. 9241; Stair, I.x.5, I.xii.2, 3; Bell's Com. (M'Laren's) éd., I, p. 496; Ersk. Inst., III.1.28; Ersk. Prin. (21^e éd.), III.I.II, p. 303; Bell's Prin. (10^e éd.), sec. 235-237.

(2) Justinien, Digeste (Monro's Trans.) I, p. 294; Mackenzie, Roman Law (7^e éd.), p. 222; Sohm, Institutes of Roman Law (3^e éd.), p. 411; Hunter, Roman Law (3^e éd.), p. 241; Leage, Roman Private Law (1906), p. 340; Salkowski, Roman Private Law, p. 689; Buckland, Textbook of Roman Law (1921), p. 593. Girard, Manuel de Droit Romain (3^e éd.), p. 602; Jurid. Rev., vol. III, p. 306, 309, 313, 317.

même si son entreprise est indépendante. Le défendeur, à ce sujet, pense fonder son argumentation sur un certain texte du Professeur Bell (1), mais les passages suivants de cet auteur montrent que, d'accord avec tous les juristes écossais, il reconnaît que le principe sur lequel se fonde la responsabilité du maître d'écurie est purement une mesure d'intérêt public. Les affaires *Hay* (2), *M'Donell* (3), et *Chisholm* (4), appuient l'argument du demandeur. *Hagard* (5) et *Laing* (6) sont manifestement des cas où l'Edit ne s'appliquait pas, attendu que les chevaux dont il s'agissait n'avaient pas été blessés dans l'écurie même. Les décisions anglaises ne sont que d'un faible secours, car, en Angleterre, l'application de l'Edit est réglée par la coutume anglaise. La note de Denman J., sous l'arrêt *Nugent* contre *Smith* (7) est la seule opinion anglaise défavorable au demandeur, alors que le jugement de Blackburn J., dans l'arrêt *Searle* contre *Laverick* (8), persiste à admettre que les maîtres d'écurie sont, comme tels, soumis à l'Edit, bien que l'étendue

(1) Bell's Com. (M'Lauren's ed), I, p. 488, 495, 500.

(2) 13 février 1801, F. C., M. voce « Nautae, etc. ». App. n° 1.

(3) 15 décembre 1809, F. C.

(4) M. 9241.

(5) 10 S. 506.

(6) 12 D. 1279.

(7) 1 C. P. D. 19, p. 29.

(8) L. R., 9 Q. B. 122, p. 126.

de leur responsabilité ne soit pas la même que celle des aubergistes et transporteurs. L'Edit s'applique donc; et le défendeur ne peut écarter la responsabilité qu'en établissant que l'accident est dû à un *damnum fatale* ou au fait des ennemis du Roi, en d'autres termes, que la cause de l'accident est un accident inévitable, que l'habileté ou la prévoyance de l'homme n'auraient pu prévenir (1). Il n'a, tout au moins, pas réussi à fournir une explication sur les circonstances de l'accident, et, dans ces conditions, on doit le considérer comme n'ayant pas fait le premier pas nécessaire pour repousser la présomption de négligence (2). L'objection que « l'accident naturel » constitue une troisième classe d'exception est insoutenable. Le Professeur Bell emploie cette expression, mais la suite du texte montre que l'auteur voulait simplement désigner ce qu'on appelle habituellement un « fait de Dieu » (3). — II. Même si l'Edit ne s'applique pas, le défendeur est encore responsable. Puisque le cheval a été livré sain, le défendeur était tenu, mais n'y a pas réussi, de prouver qu'il avait pris toutes les précautions

(1) *Finlay contre North British Railway* (1870), 8 Macph. 959, Lord Ardmillan, p. 965.

(2) *Bell's Princ.* (10^e éd.), sec. 235; *Bell's Com.* (M'Laren's ed), I. p. 496, note 5; *Ersk. Inst.*, III.1.28; *Pyper contre Thomson* (1843), 5 D. 498; *Morgan contre Ravey*, 6 H. et N. 265.

(3) *Bell's Prin.* (10^e éd.), sec. 235.

raisonnables pour la garde du cheval (2). L'affaire *Sutherland* contre *Hutton* (3) est à remarquer. L'exposé de Lord Young, sur lequel s'appuyait le défendeur, est *obiter*, le véritable fondement du jugement étant que le demandeur n'avait pas fait la preuve de la faute spéciale qu'il affirmait.

Le 23 novembre 1922, lecture des rapports.

Lord Justice-Clerk (Alness). — Bien que cette affaire ne roule que sur une faible somme d'argent, elle soulève des questions importantes et difficiles; et pour nous aider à sa solution, nous avons eu l'avantage d'une argumentation solide et minutieuse des avocats. L'action se rapporte à la mort d'un cheval, que le demandeur, un fermier, avait confié, pour quelques heures, conformément à un accord préexistant, aux soins du défendeur, qui était maître d'écurie. Le cheval fut remis par le demandeur au défendeur en parfait état de santé, et fut rendu au demandeur dans un état tel que, sur le conseil du vétérinaire, il dut être abattu. Le demandeur réclame au défendeur la valeur du cheval, s'éle-

(2) *Hagart* contre *Inglis*, 10 S. 506; *M'Lean* contre *Warnock*, 10 R. 1052; *Wilson* contre *Orr*, 7 R. 266; *Pullars* contre *Walker* (1858), 20 D. 1238; *Marquis* contre *Ritchie* (1823), 2 S. 342; *Moes, Moliere, & Tromp* contre *Leith and Amsterdam Shipping Co.* (1867), 5 Macph. 988; *Craig* contre *Glasgow Corporation*, 1919 S. C. (H. L.) 1.

(3) 23 R. 718.

vant, avec divers frais, à 69 livres 6 pence. Les parties sont d'accord que, si la responsabilité est retenue, c'est bien cette somme qui doit figurer dans la décision. Le Sheriff-substitute avait tranché le débat en faveur du défendeur. Le Sheriff, en appel, réforma ce jugement, et donna satisfaction au demandeur pour la somme dont il poursuivait le paiement. Il n'est pas nécessaire de reprendre les faits détaillés considérés comme prouvés, parce que les juges avertis et les parties s'accordent à reconnaître que les quinze premiers points de fait du Sheriff-substitute sont correctement exposés.

La première question que nous ayons à résoudre est de savoir si un maître d'écurie est passible de l'Edit du Préteur, « *Nautae, Caupones, Stabularii* ». L'Edit s'exprime ainsi : « *Nautae, Caupones, Stabularii, quod cujusque saluum fore receperint, nisi restituent, in eos judicium dabo.* » Sa nécessité provient des facilités de collusion entre les personnes rentrant dans les catégories visées, et leurs domestiques, leurs clients ou autres personnes — facilités qui, dans cette idée, justifient l'exigence d'une diligence exemplaire. Sans doute la responsabilité encourue est rigoureuse et l'Edit doit donc être interprété dans son sens étroit. Le défendeur soutenait que, si l'Edit s'applique indiscutablement au cas d'un aubergiste logeant son client et le cheval aussi, il ne s'applique pas au cas d'un

maître d'écurie qui a simplement logé un cheval. Cependant cette distinction-là ne paraît pas justifiée par les commentateurs du droit romain, dont les œuvres nous sont citées, accompagnées de références détaillées avec lesquelles il n'est pas nécessaire, je pense, d'importuner la Cour. Les Recueils auxquels on nous renvoie, donnent la même solution. La question, c'est assez curieux, ne semble pas avoir été expressément résolue dans les procès venus jusqu'à présent devant les Cours écossaises. Mais, après un examen attentif des arguments produits et l'étude des autorités citées, je m'avoue incapable de trouver dans notre droit la justification de la distinction proposée. Je suis d'avis que les maîtres d'écurie, aussi bien que les aubergistes, d'après le droit de l'Ecosse, sont soumis à l'application de l'Edit. Les opinions de nos juristes sont, à mon avis, nettement en ce sens. Je me reporte, en particulier, aux passages suivants : Bankton, I.xvii.1 et 2, p. 379; Stair (More's ed.), I.ix.5, p. 76, I.xiii.2 et 3, p. 122-3; Erskine's Institutions, III.i.28; Bell's Commentaries (7^e ed.), p. 498-99; Bell's Principles, (10^e ed.) sec. 236; Erskine's Principles, III.i.11 (21^e ed.), p. 363; cf. également : Bell's Dictionary, « *Innkeeper* » (7^e ed.), p. 534. Je ne puis, après examen de ces textes, adopter l'opinion avancée par le défendeur que notre coutume, en recevant l'Edit, a exclu de son application les *stabularii*, ou que

cet Edit s'applique seulement aux voyageurs. Bankton, par exemple, dans le passage indiqué ci-dessus, dit : « L'Edit a surtout pour but la sûreté des objets nécessaires que les passagers et voyageurs ont avec eux pendant leurs voyage ou traversée : mais il concerne également... toutes sortes de choses que les aubergistes, maîtres de navire ou d'écurie reçoivent dans l'exercice de leurs métier ou occupations respectives. » J'ajouterai seulement que le principe suivant lequel l'Edit s'applique aux aubergistes, me paraît s'appliquer, avec une force égale, aux maîtres d'écurie.

Quant aux arrêts écossais, *Hay* contre *Wordsworth* (1) propose, si vraiment il ne l'affirme pas, que les maîtres d'écurie soient soumis à l'Edit. Le défendeur se reportait à trois affaires où on n'avait, disait-il, pas plaidé sur l'Edit et où, soutenait-il, on aurait plaidé sur lui si on avait pensé qu'il s'appliquait. Ces affaires sont : *Hagart*, 10. S. 506; *Laing*, 12, D. 1279; *Ettles*, 15 décembre 1809, F. C. L'avocat du demandeur répondait aux deux premières décisions : puisqu'on ne disait pas que le cheval avait subi un dommage dans l'écurie du défendeur, il est évident que l'Edit ne s'appliquait pas. Je puis ajouter que dans l'affaire *Laing* (2) l'application de l'Edit semble avoir été du moins discutée, comme le montre nettement l'avis

(1) 13 février 1801, F. C., M. voce « Nautae, etc. ». App. n° 1.

(2) 12 D. 1279.

de Lord Mackenzie à la page 1285. Quant à la troisième affaire, le défendeur se référait à une phrase du jugement déclarant que l'Edit « s'appliquait exclusivement à la profession d'aubergiste ». Je ne puis donner à cette phrase ce sens, que la Cour a exclu délibérément les maîtres d'écurie de cette catégorie. La question n'était pas agitée devant la Cour, et il est évident que, si la phrase était prise à la lettre, elle excluerait aussi les « *Nautae* » auxquels, on le reconnaît, s'applique l'Edit. Je ne puis donc interpréter les arrêts rendus en Ecosse comme repoussant, en quelque manière, les exposés nets et précis des juristes en la matière.

Quant aux arrêts rendus en Angleterre, on doit s'en servir avec prudence. En vérité, j'incline à penser qu'ils sont étrangers à la question. Car, il est clair, à mon avis, que l'Edit n'était pas incorporé au droit de l'Angleterre de la même manière qu'il l'a été au droit de l'Ecosse. Le défendeur se fonde sur une expression de Blackbury J., dans l'arrêt *Searle* (1), pour conclure que l'Edit se limite aux aubergistes et transporteurs. Mais cette opinion est interdite par ce fait que la matière est réglée par la « coutume de l'Angleterre ». Le défendeur se référait aussi à une note de Denman J., dans l'affaire *Nugent* contre *Smith*, I. C. P. D. 19, p. 29. L'affaire ne se rapportait pas à un auber-

(1) L. R., 9 Q. B. 122, p. 126.

giste, mais à un voiturier et, alors que la note est sans doute en faveur de la prétention du défendeur, elle se rapporte seulement au droit de l'Angleterre. J'arrive à cette conclusion qu'en Ecosse, en tout cas, l'Edit s'applique aux maîtres d'écurie, aussi bien qu'aux aubergistes et que le défendeur tombe donc en ce cas sous son empire.

En admettant, dès lors, que le défendeur est soumis à l'Edit, quelle est la solution en droit? Il est évident, à mon avis, qu'il ne peut échapper à la responsabilité que par la preuve que le mal du cheval confié à ses soins est survenu par un accident inévitable ou par le fait des ennemis du Roi. La charge de cette preuve incombe, selon moi, au défendeur. En ce cas, je suis nettement d'avis qu'il n'a pas réussi à y satisfaire. En vérité, il ne l'a pas tenté. Le défendeur déclare, dans son argumentation, que toute la preuve qu'il avait à faire pour échapper à la responsabilité est qu'il avait pris toutes les précautions habituelles. Je ne puis accepter cette opinion, pour ce seul motif que, si elle était vraie, l'Edit ne conférerait aucun avantage quelconque sur le cas du dépositaire. Le défendeur soutient timidement que l'Edit se limite au cas de perte, et ne couvre pas le cas de dommage. Je trouve l'argument insoutenable et ne s'appuyant sur aucune autorité. J'arrive donc à conclure que, puisque l'Edit s'applique au défendeur, et puisque celui-ci

n'a pas réussi à faire sa preuve et n'a même pas essayé de la faire, il rentre dans les cas bien connus d'infraction à l'Edit, il est redevable au demandeur de dommages-intérêts.

Même si j'ai tort de soutenir que l'Edit s'applique au défendeur, je suis d'avis qu'il est redevable au demandeur de dommages-intérêts. Une fois pour toutes, il est prouvé — et à vrai dire en l'espèce il est reconnu. — que le cheval fut remis sain au défendeur, et fut rendu, après une garde de quelques instants, dans un tel état qu'il dut être tué. Je suis d'avis que le défendeur a la charge de démontrer que le mal est survenu sans aucune faute de sa part ni de la part de ceux dont il est responsable. La théorie paraît bien établie par les arrêts suivants : *Marquis*, 2, S. 342; *Pullars*, 20, D. 1238; *Wilson*, 7, R. 266; *M'Lean*, 10, R. 1052. Le défendeur prétendait qu'il y avait une distinction entre les cas de louage et les cas de garde. Mais il faut observer que, dans l'arrêt *Wilson* (1), par exemple, Lord Gifford, dont l'opinion a, à mon avis, un rapport direct et vraiment concluant avec ce point du litige, prend pour base de sa décision la garde et non le louage. Je suis d'avis que la distinction proposée par le défendeur, est inexacte. Le défendeur prétendait, en outre, dans son argumentation, que l'affaire *Sutherland* était contraire à cette manière de voir. La

(1) 7 R. 266.

décision, si je puis ainsi m'exprimer respectueusement; ne me paraît pas satisfaisante; mais je ne crois pas qu'elle soit contraire à celle des affaires citées précédemment. *Sutherland* (1) semble avoir été une décision rendue sur les faits plaidés. Le demandeur avait entrepris de prouver la faute; la Cour fut d'avis qu'il n'y avait pas réussi, et on considéra donc que son action échouait. Que ce fut le fondement de la décision; cela ressort de l'exposé du Lord Justice-Clerk. En remarquant que toutes les affaires ci-dessus mentionnées étaient citées dans l'argumentation (l'affaire *M'Lean* (2), désignée par erreur *M'Laren*), et qu'elles n'étaient ni mises en doute, ni contredites, j'ai la confirmation de mon interprétation du jugement. Et en vérité, la théorie de l'affaire *M'Lean* semble conforme au bon sens et à la raison. Le maître d'écurie seul sait ou peut savoir ce qui arrive au cheval. Le propriétaire, qui a renoncé à la garde de l'animal, n'est pas en mesure de le savoir. Si le cheval a été blessé sous la garde du maître d'écurie, il semble conforme au sens commun d'obliger le maître d'écurie à fournir une explication de l'événement, plutôt que d'obliger le déposant, qui est à distance et sans moyen de connaissance exacte, à faire la preuve de la faute. En admettant un tel état du droit, je suis nettement

(1) 23 R. 718.

(2) 10 R. 1052.

d'avis que le défendeur ne s'est pas libéré de la charge qui pèse sur lui. Il laisse l'accident absolument sans explication. Mais puisqu'il est prouvé que, malgré les observations, le défendeur a mis deux chevaux dont l'un était celui du demandeur dans la même stalle — pratique condamnée par plusieurs témoins — il n'y a pas à chercher plus loin une explication de l'accident. S'il a assumé cette responsabilité, un degré exceptionnel de surveillance était requis de son garçon d'écurie; et, bien que ce domestique, mort malheureusement avant la date de l'enquête, ne soit pas accusé d'incapacité, je suis d'avis que le témoignage apporté par le défendeur est insuffisant à établir le degré de surveillance que réclamaient de lui les circonstances. Sur ce point du litige, je suis très satisfait de la décision du Sheriff, et je ne veux rien ajouter à ce qu'il a dit.

Sur l'ensemble de la question, j'arrive à conclure que, soit que l'Edit s'applique, soit qu'il ne s'applique pas, le défendeur est redevable envers le demandeur de la somme dont le paiement est poursuivi, et qu'il y a lieu de confirmer la décision du Sheriff.

LORD HUNTER. — La principale question débattue devant nous dans cet appel est de savoir si les dispositions de l'Edit romain *Nautae, Caupones, Stabularii*, sur la responsabilité, s'applique ou non en droit Ecosais au loueur de chevaux. Le Sheriff-substitute consi-

déra qu'il ne s'appliquait pas, mais le Sheriff fut d'un avis différent.

En arrivant à sa conclusion, le Sheriff-substitute paraît avoir été largement influencé par l'opinion de Blackburn J., dans l'affaire *Searle* contre *Laverick* (1). Le passage suivant du rapport de ce juge savant peut être cité comme contenant un exposé succinct et exact de l'état du droit anglais sur la matière. A la page 126, il dit : « Cette sorte de « bailment » (2), (il s'agit du loueur de chevaux) est compris dans ce qu'au cours de l'affaire célèbre *Coggs* contre *Bernard*, (2, Ld. Raym., p. 917-918), Lord Holt classe dans la cinquième catégorie : « une livraison à prendre ou bien à effectuer pour un prix payé au « bailee », qui se présente, dit Lord Holt, sous deux formes : ou une remise à une personne tenant un établissement ouvert au public ou une remise à une personne privée. Dans le premier cas et si cette personne reçoit un prix, elle est tenue de répondre des marchandises en toutes circonstances. Le langage de Lord Holt est général, et

(1) L. R., 9 Q. B. 122.

(2) « Bailment » désigne le contrat par lequel une personne remet et confie à un autre des biens, à titre de dépôt, de commodat, de louage, de gage, de mandat. « Bailment is a contrat by which goods are delivered by one person (the bailor) to another person (the bailee) for a certain purpose, upon an express or implied promise by the bailee to return them to the bailor, or to deliver them to someone designated by him, after the purpose has been fulfilled. » (Charles Sweet. — *A dictionary of English law*, 1882, v° Bailee-Bailment-Bailor.)

s'applique à tous ceux qui tiennent un établissement ouvert au public; et dans l'Edit du Préteur, *Nautae*, *Caupones* et *Stabularii*, généralement regardé comme l'origine de ce chapitre du droit, les maîtres d'écurie sont expressément nommés (voir : Dig., livre IV, titre IX, fr. 1). Mais nous [c'est l'expression de l'opinion de Mellor et Lush J. J. et de la sienne], nous tenons pour certain en droit que, dans la coutume Anglaise, cette extrême responsabilité, faisant du dépositaire un assureur, se limite aux transporteurs et aubergistes, et que les loueurs de chevaux et les entrepreneurs rentrent dans ce que Lord Holt appelle la seconde catégorie, dont il dit : « La seconde catégorie comprend les gérants (1), les agents de vente (2), etc... » A propos de cette catégorie, il dit que le « bailee » est tenu seulement de prendre les soins raisonnables; et « la véritable raison en est qu'il serait déraisonnable de mettre à sa charge une vigilance plus grande que la nature de la chose ne lui permet d'exercer. Mais cela reste permis dans les autres cas » (c'est-

(1) (1876) 1 C. P. D. 423.

(1) *Bailiff*, c'est-à-dire « a servant that hath administration and charge of lands, goods chattels to make the best benefit for the owner » (Charles Sweet, précité, v^o bailiff.).

(2) *Factor*: « an agent to whom goods are consigned or delivered for sale by or for a merchant or other person, and who in return for his trouble receives a compensation called factorage or commission » (Sweet, préc., v^o factor).

à-dire du transporteur et aubergiste) « en raison de sa nécessité ».

Cette opinion admet ensuite que les maîtres d'écurie sont soumis à l'Edit, mais que, d'après la coutume de l'Angleterre, la responsabilité qui leur incombe en droit anglais est d'un caractère moins précis. Dans l'affaire *Nugent* contre *Smith* (1), Cockburn C. J. expliquait que c'est une erreur de supposer que le droit de l'Angleterre relatif à la responsabilité des transporteurs est dérivé du droit romain. L'expression de cette opinion par les juges Anglais, malgré toute son autorité en droit anglais, n'aide donc pas à résoudre la question, en droit écossais, de savoir si les dispositions de l'Edit sont adoptées comme partie intégrante du droit de l'Ecosse, et si les termes de l'Edit s'étendent aux maîtres d'écurie.

J'ai toujours pensé que les dispositions de l'Edit avaient été adoptées en Ecosse, et cette opinion fut confirmée par les références complètes aux juristes que nous avons reçues au cours d'une argumentation très habile et intéressante à nous présentée par les avocats des deux parties. Il n'est pas nécessaire de se référer à ces autorités en détail. Dans *Erskine, Instit.*, III.1.28, on rencontre ce passage : « Il y a plusieurs espèces particulières de dépôt qui méritent une observation spéciale, en tant qu'elles diffèrent par leur

(1) 1 C. P. D. 19.

nature du contrat ordinaire expliqué en ce moment. Selon un Edit du Préteur romain, appelé *Nautae*; *Caupones*, *Stabularii*, adopté avec quelques modifications en droit écossais, une obligation est contractée par l'entrée du voyageur dans une auberge, un navire ou une écurie, et par le dépôt des marchandises ou la remise des chevaux; en conséquence, l'aubergiste, le maître de navire ou de l'écurie sont tenus envers le propriétaire de prendre soin de tout ce qui est confié à leur garde. L'obligation est l'œuvre du droit même; car le simple fait de recevoir des marchandises suffit à la conclusion de ce pacte. Elle se limite aux faits se produisant dans le navire, l'auberge ou l'écurie.

L'appelant soutenait qu'en droit romain l'Edit ne s'appliquait pas aux maîtres d'écurie, mais seulement aux aubergistes qui ont une écurie pour loger les chevaux de leurs clients. Le mot *stabulum* était employé en deux sens différents, pour désigner d'abord un lieu servant de demeure ou d'abri à des hommes ou des animaux, ensuite une auberge ou un cabaret pour recevoir temporairement des voyageurs. Dans ce dernier sens le mot désigne, dit-on, l'auberge qui reçoit le cheval ainsi que le cavalier, par opposition à la *caupona* destinée à loger les clients voyageant à pied. *Stabularius* signifie soit un loueur de chevaux qui tient des écuries et y reçoit des chevaux, soit un aubergiste ou maître de *stabulum* qui

offre un abri aux hommes et aux animaux. Mr. Justice Denman dans *Nugent* contre *Smith* (1) a mis une note au bas de la page 29 en ce sens : « Le mot *Stabularii* est évidemment employé ici (c'est-à-dire dans l'Edit) dans le second sens donné par le Lexique de Facciolati et Forcellini (voir : *Stabularii*) qui *mercede homines eorumque jumenta hospitio excipit*. » Des passages d'Ulpien, Sénèque et Apulée, montrant clairement que le mot était employé pour désigner une personne d'un caractère analogue à notre aubergiste moderne, sont cités par les auteurs qui ajoutent cette remarque à la définition ci-dessus : *nam stabulum tum ad jumenta pertinet, tum ad homines*. Il n'y a aucun doute que le mot *Stabularii* avait les deux sens indiqués, mais je n'ai pu trouver de justification à restreindre le sens adopté par l'Edit à celui de maître d'une auberge avec écurie attenante. Dans les passages d'Ulpien et d'autres savants jurisconsultes commentés dans l'Edit, et auxquels se réfère un article du professeur Mackintosh sur l'Edit dans la *Juridical Review*, 1891, vol. III, p. 306, rien ne fait présumer que *Stabularii* était pris dans le sens restreint indiqué ci-dessus. Les riches citoyens de Rome, qui voyageaient dans des voitures à chevaux, jouissaient fréquemment de l'hospitalité d'un particulier, et laissaient leurs voitures et leurs chevaux à la garde d'un *stabularius*.

(1) Facciolati's Lexicon; Lewis et Short's Latin Dictionary

Nous n'avons été renvoyés à aucune décision écossaise où la question de savoir si un loueur de chevaux était soumis à l'Edit fut vraiment résolu. Dans les affaires *Hagart* contre *Inglis* (1) et *Laing* contre *Darling* (2) la question se posait à peine, car, bien que le débat porta dans les deux cas sur la responsabilité d'un maître d'écurie, dans aucun d'eux, les chevaux n'avaient subi dans l'écurie un mal dont les défenseurs pussent être jugés responsables. Dans la dernière affaire, Lord Mackenzie disait (p. 1285) : « Il ne s'agit pas de savoir si l'affaire est soumise à l'Edit *Nautae*, *Caupones*, etc..., ou non. Je crois qu'il y avait un manque de vigilance et d'attention requise pour se prémunir contre un danger visible et déjà connu par expérience. » Dans l'affaire plus récente *Hay* contre *Wordsworth* (3); il fut admis cependant, à la fois par les avocats et la Cour, que l'Edit s'appliquait aux maîtres d'écurie. En l'espèce on avait envoyé une jument à un maître d'écurie, qui était en même temps écuyer, pour la dresser. Elle fut attaquée, étant sous la garde d'un domestique du défendeur, par un chien étranger, caché près de l'écurie; elle se déroba et se blessa. Le seul moyen de défense était que le cheval avait été confié au défendeur en sa qualité d'écuyer

(1) 10 S. 506.

(2) 12 D. 1279.

(3) M. voce « *Nautae*, etc. », App. n° 1.

et non comme maître d'écurie. Le défendeur fut tenu pour responsable, la responsabilité étant établie, semble-t-il, parce que « la majorité de la Cour estimait qu'il y avait tout au moins une *culpa levissima* de la part du défendeur qui, en qualité de maître d'écurie et d'écuyer, devait subir la perte, à la fois en vertu de l'Edit et selon le droit commun. Il aurait dû veiller attentivement à ce que ses écuries ne soient pas exposées à de tels accidents. »

Dans les cas où s'applique l'Edit, le défendeur est responsable, à moins qu'il ne montre que la perte ou le dommage de la chose est survenu par suite d'un *damnum fatale* (c'est-à-dire le fait de Dieu) ou le fait des ennemis du Roi. Pour l'appelant, on soutenait qu'il y avait une troisième exception, appelée accidents naturels.

Cet argument se fondait sur un passage des Principes de Bell, section 235, où le savant auteur, se reportant aux cas soumis à l'Edit, déclare : « La règle est que les transporteurs, aubergistes et maîtres d'écurie, sont responsables de la perte des choses confiées à leur garde, en l'absence de toute preuve de négligence, si la perte n'a pas eu lieu par suite d'un accident naturel et inévitable, le fait de Dieu ou des ennemis du Roi : « Il importe peu, à mon avis, que les exceptions à la responsabilité soient rangées dans deux ou dans trois catégories. On reconnaît généralement

que l'exception du « fait de Dieu », qu'on invoque en droit romain et écossais à propos de l'Edit, a une signification plus large que dans les autres matières du droit. Lord Chancellor Westbury, dans *Tennent*, contre *Earl of Glasgow* (1) expliquait que « ce qu'on appelle en droit écossais événement de *damnum fatale* » se rapporte aux « circonstances contre lesquelles aucune sagacité humaine ne peut se prémunir, dont la prudence humaine n'est pas tenue d'envisager la possibilité, et qui, lors de leur arrivée, sont donc des malheurs qui n'entraînent pas l'obligation de réparer les conséquences en résultant ». Cette interprétation du *damnum fatale* n'a pas été admise pour déterminer si un cas rentre dans l'exception de l'Edit ou non. Dans *M'Donell* contre *Ettles* (2), on a considéré que l'incendie accidentel des écuries d'une auberge, causant un dommage à un cheval qui y était placé, constituait une exception à l'Edit. Cockburn C. J., dans *Nugent* contre *Smith* (3), disait : « Le droit romain ne faisait pas de distinction entre l'accident inévitable provenant de ce que notre droit appelle le « fait de Dieu » et l'accident inévitable provenant d'une autre cause; mais, au contraire, il affranchissait de toute responsabilité le transporteur, sans faire

(1) 2 Macph. (H. L.) 22, p. 27.

(2) 15 décembre 1809, F. C.

(3) 1 C. P. D. 423, p. 429.

de distinction; quand la perte résultait d'un « *casus fortuitus* », ou, dit-on aussi, « *damnum fatale* », ou « *vis major* » — accident imprévisible et inévitable. » Dans la même affaire, James L. J. disait (p. 444) : « Le « fait de Dieu » est simplement une manière concise d'exprimer cette idée. Un transporteur n'est pas responsable d'un accident quand il peut démontrer qu'il est dû à des causes naturelles directement et exclusivement, sans intervention de l'homme et qu'il ne pouvait être évité par un ensemble de prévoyance, de soins, et de surveillance à attendre raisonnablement de lui. » Admettant comme exacte (et c'est mon avis), cette opinion sur l'exception du « fait de Dieu » dans l'interprétation de l'Edit à Rome et en Ecosse, l'appelant, à mon avis, n'a pas du tout réussi à se placer dans un des cas d'exception. Il n'a pas donné d'explication du fait que le cheval du demandeur à lui confié en état sain, fut retiré de sa garde atteint de maux qui obligèrent à l'abattre.

Dans notre espèce, il n'est pas nécessaire d'examiner si le Sheriff avait aussi raison de trouver qu'en rejetant l'application de l'Edit, le défendeur serait encore responsable. Mon opinion personnelle est qu'une juste application du principe reconnu dans *Marquis* contre *Ritchie* (1), *Pullars* contre *Walker* (2), *Wilson* contre

(1) 2 S. 342.

(2) 20 D. 1238.

Orr (1) et *M'Lean* contre *Warnock* (2) aux faits établis en l'espèce, justifie la conclusion du Sheriff.

LORD ANDERSON. — Cette importante et intéressante affaire a été soigneusement examinée par le Sheriff, et nous avons l'avantage d'une argumentation complète et solide en appel. Je suis arrivé à une conclusion défavorable au défendeur, dans une certaine mesure avec regret, car je ne crois pas établi qu'il ait mérité un reproche à l'occasion de la garde du cheval; et une responsabilité le lie seulement en raison de la rigueur du droit de l'Edit. Mais notre devoir est de déclarer ce qu'est le droit, non ce qu'il doit être; et si l'Edit s'applique, le défendeur doit être tenu pour responsable, quelque sévère que puisse paraître le droit en cette espèce.

On dit que le droit de l'Ecosse a *adopté* l'Edit, mais peut-être n'est-ce pas tout à fait une façon exacte d'exprimer ce qui s'est passé. Si un système juridique comme le nôtre désire faire un emprunt au droit d'un autre pays, il le peut par l'une de ces deux voies : — 1° Par adoption formelle et expresse au moyen d'un Acte du Parlement. Un exemple célèbre de ce mode se trouve dans l'Acte de 1567, ch. 14, qui emprunte l'ancien droit hébraïque incorporé au chapitre 18 du

(1) 7 R. 266.

(2) 10 R. 1052, Lord Shand at 1053.

Lévitique. — 2° L'autre méthode est l'établissement d'un droit coutumier semblable à celui qui est copié. C'est cette méthode qui a été suivie à l'égard de l'Edit dans ce pays.

Quand s'est produite une adoption formelle par un statut, il sera nécessaire de connaître exactement ce qu'était le droit qui a été assimilé. Si l'Edit avait été adopté par ce moyen, il aurait été nécessaire de déterminer quel était le droit de Rome exprimé dans l'Edit, et, en particulier, quel était la signification dans ce droit du terme *Stabularii*. Mais, quand la seconde méthode d'appropriation est suivie, le système qui emprunte peut étendre ou limiter ce qui est emprunté. Ainsi le droit de l'Angleterre, s'il a copié l'Edit, n'exige pas le degré extrême de diligence imposé par l'Edit au loueur de chevaux. — *Searle* (1874), 43, L. J., Q. B. 43. Même, en Angleterre comme en Ecosse, l'examen de l'Edit a été étendu jusqu'à comprendre les transporteurs publics par terre aussi bien que par eau. Ces considérations, à mon avis, rendent la question purement théorique, ainsi que celle du sens du mot *Stabularii* en droit romain. Notre tâche est de connaître, non ce qu'était le droit de Rome, mais ce qu'est le droit de l'Ecosse. Je n'ai cependant pas d'hésitation à déclarer sur ce point qu'à mon avis, le mot *Stabularii* désigne, ou en tout cas comprend les loueurs de chevaux. L'époque de

l'Edit prétorien (367 B. C. jusqu'au règne d'Hadrien où l'Edit fut entièrement révisé et réuni par Salvius Julianus) comprit la période des derniers temps de la République et du début de l'Empire, quand la richesse et le luxe de Rome avaient atteint leur zénith. Je ne doute pas que des établissements de loueurs de chevaux, indépendants des auberges, n'aient alors existé, et que le Préteur n'ait voulu leur appliquer les dispositions de l'Edit. Il y avait, dans de tels établissements, des occasions d'improbité égales à celles qui s'offraient aux transporteurs et aubergistes.

Mais il n'est pas nécessaire de poursuivre plus loin ce sujet, puisque la question est de savoir si le droit de l'Ecosse soumet les loueurs de chevaux à l'observation de la diligence précise prescrite par l'Edit. Le droit coutumier de l'Ecosse a-t-il donc appliqué l'Edit aux loueurs de chevaux qui ont des écuries indépendantes d'une auberge?

La preuve qu'une coutume invoquée fait partie de notre droit commun résulte (1) des traités de droit écossais, et (2) des décisions de la Cour qui proclame le droit commun. Parmi nos juristes, Stair, Bankton, Erskine et Bell ont tous quelque chose à dire sur l'Edit. Stair (Inst. I, XIII, 3, et I, IX, 5) semble considérer l'Edit comme appliqué par le droit civil au maître d'une écurie aussi bien que d'une auberge,

(2) 13 février 1801, F. C., et M. voce « Nautae, etc. », App. n° 1.

mais il ne parle pas du droit écossais sur ce point. Dans la note de More H. (p. LVII, vol. I) les maîtres d'écuries aussi bien que les aubergistes sont considérés, dans notre droit, comme soumis à l'empire de l'Edit. Bankton (Inst. I, XVI, 1) déclare que les trois catégories visées en Ecosse par les principes de l'Edit sont les maîtres et propriétaires de navires, d'auberges et d'écuries; ces derniers étant responsables s'ils « souffrent » qu'on amène des chevaux ou du bétail dans leurs écuries. Erskine (Inst. III, I, 28) déclare que le droit de l'Ecosse applique les dispositions de l'Edit à « une auberge, un navire ou une écurie », et impose ses obligations à « l'aubergiste, au maître de navire ou d'écurie ». Bell (Comm. III, III, 5, M'Lauren's ed., vol. I, p. 495) dit: « Puisque les personnes visées par l'Edit, maîtres de navires et voituriers, aubergistes et maîtres d'écuries ont de fréquentes occasions de se concerter, eux ou leurs domestiques, avec des voleurs, malfaiteurs, ou cambrioleurs de toutes sortes, sans que leurs rapports secrets puissent être découverts, et puisque même leur négligence ne peut pas toujours être prouvée pour fonder une action, la sécurité du public ne peut être assurée que par une présomption défavorable à ces personnes, et par le refus d'une excuse ou justification pour la perte ou le preuve d'un accident naturel et inévitable. » De plus, en traitant des « Personnes soumises à cette respon-

sabilité » (pp. 496-499) il fait allusion aux « Aubergistes et Maîtres d'écuries » (p. 498) dans des chapitres distincts, déclarant, au sujet des maîtres d'écuries, qu'ils « sont responsables non seulement des chevaux mis sous leur garde ou sous celle de leurs garçons d'écurie ou domestiques, mais aussi des harnachements, etc... apportés dans leurs écuries ». (p. 499). Dans ses « Principes », Mr. Bell (section 235) énumère ainsi les trois catégories auxquelles s'applique l'Edit en droit écossais : « transporteurs, aubergistes, et maîtres d'écuries »; et même (section 236) il déclare que, parmi les personnes soumises à la règle, il y a les « aubergistes, cabaretiers et maîtres d'écuries ». Les juristes semblent donc appuyer l'opinion soutenue par l'avocat du demandeur.

A l'examen des décisions judiciaires, la question semble hors de doute et la prétention du défendeur rejetée. Cette prétention était que dans les droits de Rome et de l'Ecosse, la responsabilité de l'Edit s'applique seulement aux cas où un client d'une auberge a mis son cheval dans l'écurie de l'auberge. Il y a, me semble-t-il, trois décisions à l'encontre de cette prétention.

La première est celle de *Chisholm* (1) où un maître d'écurie est jugé soumis à l'Edit pour un vol d'argent dans la valise d'un voyageur qui avait mis son cheval

(1) M. 9241.

à l'écurie. Il est vrai que le défendeur était aussi aubergiste, mais le demandeur ne logeait pas à l'auberge. Il avait simplement fait une halte pour faire reposer son cheval. Le défendeur, en vérité, se fondait sur cette circonstance, et soutenait « qu'il ne pouvait être responsable, car l'argent avait été apporté sur un cheval mis dans une écurie commune, sans observation ni avertissement de prendre un soin particulier du sac de voyage ». Mais, sur l'action engagée, les Lords « considérant que le demandeur n'avait pas logé dans la maison toute la nuit, mais avait seulement pris du repos et des forces vers le milieu du jour », confirmèrent le premier jugement, déclarant le défendeur responsable.

L'affaire suivante est celle de *Hay* (1). Cette décision est probante, puisqu'il n'y avait pas d'auberge attenant à l'écurie. L'action avait pour fondement le principe de l'Edit, et le maître d'écurie se trouvait responsable pour la valeur de la jument blessée, à la fois en vertu de l'Edit et selon le droit commun. Le Sheriff avait trouvé le jugement de l'affaire *Hay* embrouillé à cause de son allusion à une *culpa levis-sima* du défendeur; mais si les plaidoieries sont examinées avec soin, le jugement est tout à fait intelligible. Le défendeur, en réponse à l'Edit, plaide le *damnum fatale*, à savoir, l'attaque du chien étranger.

(1) 13 février 1801, F. C.

Mais c'était seulement une des causes du mal de la jument; l'autre était la présence de bancs dans la cour que devait traverser la jument; et de cela, le défendeur en était responsable. Il ne suffit pas, en réponse à une action fondée sur l'Edit, d'établir qu'un fait de Dieu est survenu; le défendeur doit aussi démontrer que les conséquences d'un tel fait ne pouvaient être évitées par l'exercice de la vigilance exigée de sa part. Tout cela est expliqué dans le jugement de Cockburn C. J., dans *Nugent* (1).

La troisième affaire est celle de *M'Donell* (2). Il ne ressort de l'exposé de l'affaire ni que le demandeur logeait, ni qu'il ne logeait pas dans l'auberge du défendeur, ce qui ferait supposer que cette circonstance n'avait pas d'importance. Les défendeurs étaient poursuivis comme maîtres d'écuries, en vertu de l'Edit, pour la perte de trois des chevaux du demandeur qui avaient été mis dans les écuries du défendeur et avaient péri dans un incendie qui les avait détruites. Les défendeurs plaidaient que l'incendie était un *damnum fatale*, et cette défense fut acceptée par la Cour. Les autorités que j'ai rapportées me semblent établir l'idée que le principe de l'Edit s'appliquait au défendeur.

(1) 1 C. P. D. 423, p. 435 et 436.

(2) 15 décembre 1809, F. C.

Le défendeur a soutenu cependant que, même si l'Edit s'appliquait, il s'était acquitté de la charge de la preuve qui lui incombait ainsi. Dans une action de ce genre, comme dans toute action, le demandeur doit faire la preuve de sa demande. Mais dans une action fondée sur le dépôt, le demandeur fait la preuve de sa demande s'il établit : 1° qu'un objet a été déposé; 2° qu'il a été perdu ou endommagé pendant la garde du dépositaire; et 3° l'étendue du préjudice souffert ainsi par le demandeur. Après cette preuve, s'élève une présomption de négligence qui renverse l'*onus probandi*, et, si le principe de l'Edit s'applique, le défendeur ne peut repousser cette présomption qu'en démontrant que la perte est survenue : a) par la propre faute du demandeur; b) par le fait de Dieu; ou c) par le fait des ennemis du Roi. Le défendeur doit aussi montrer, comme je l'ai indiqué, que les conséquences du fait de Dieu, invoquées, n'auraient pu être évitées par l'exercice d'une vigilance de sa part. Dans chaque cas où le « fait de Dieu » est plaidé comme moyen de défense, il est essentiel que le défendeur soit obligé de prouver comment l'accident est arrivé, comme premier pas dans sa tâche de repousser la présomption. Maintenant, dans l'espèce actuelle, le défendeur n'a pas réussi à faire ce premier pas, car sa preuve nous laisse entièrement dans l'ignorance de la cause du mal du cheval ou de ce qui l'a amené à

se blesser lui-même. Le défendeur n'a donc pas réussi à prouver le moyen de défense du *damnum fatale*.

La seule autre question sur l'Edit, soulevée par l'avocat du défendeur est qu'il ne s'applique pas à la perte résultant d'un accident. Cette prétention n'est pas bien fondée, puisqu'à la fois le droit de Rome et celui de l'Ecosse rendent les personnes soumises à l'Edit, responsables de la perte résultant de l'accident aussi bien que du vol. Pour le droit romain, Gaius pose la question d'une manière tout à fait concluante.

— (D. IV.IX.5). « *Quaecumque de furto diximus eadem et de damno debent intelligi; non enim dubitari oportet, quin is qui salvum fore recipit, non solum a furto, sed etiam a damno recedere videatur.* » Pour le droit écossais, Erskine (*Inst.* III.I.28) expose clairement que le dommage aussi bien que la perte par vol sont couverts par les dispositions de l'Edit; et Bell (Com., vol. I, p. 499), dit expressément qu'il y a responsabilité si les marchandises déposées ont péri « ou ont souffert » d'un dommage par accident inévitable. L'affaire *Hay* est une autorité directement en ce sens.

Si le principe de l'Edit s'applique, comme c'est mon avis, il y a un fondement suffisant pour rendre dans cette affaire une décision en faveur du demandeur, et il n'est donc pas nécessaire de déterminer si le défendeur est ou n'est pas responsable d'après le

droit commun. J'ai déjà indiqué, cependant, que l'impression que je m'étais formée sur ce point du litige est que le défendeur a prouvé qu'il avait exercé la vigilance requise pour s'acquitter de son devoir de gardien du cheval.

La COUR a rendu cet arrêt : « Rejette l'appel; repousse le motif du Sheriff du jugement du 8 avril 1922, ainsi conçu : « Même en admettant que l'Edit en question s'applique, la charge est au défendeur de prouver que le mal s'est produit sans faute de sa part et il n'a pas réussi à s'en acquitter »; considère au contraire que, attendu que le cheval fut remis au défendeur dans un état sain, et revint au demandeur dans un tel état qu'il dût être tué, le défendeur avait la charge de prouver que le mal du cheval n'était pas dû à sa propre faute ni à celle d'une personne dont il fût responsable, et considère qu'il n'a pas réussi à s'acquitter de cette preuve; *quoad ultra* adopte en fait et en droit les termes des motifs du jugement dont s'agit; rend à nouveau une décision en faveur du demandeur contre le défendeur pour la somme de 69 livres 6 pence. »

Table des Matières

Bibliographie.....	3
Introduction	5

PREMIÈRE PARTIE

CHAPITRE I. — L'Autorité doctrinale du Droit Romain..	11
CHAPITRE II. — Les dispositions du Droit Romain dans la législation positive de nos jours en Ecosse	16

DEUXIÈME PARTIE

CHAPITRE I. — Le Droit Romain s'applique-t'il en vertu d'une disposition législative ?.....	49
CHAPITRE II. — Hypothèse d'une coutume romanisée...	52
CHAPITRE III. — Hypothèse de la réception du Droit Romain au xvi ^e siècle.....	55
CHAPITRE IV. — La réception du Droit Romain s'est- elle produite au xi ^e siècle?.....	65
Conclusion.....	73
ANNEXE: <i>Mustard</i> contre <i>Paterson</i> (Cour de Session d'Ecosse, 23 Novembre 1922).....	79

Vu: L'Assesseur du Doyen,
H. TRUCHY.

Vu: Le Président de la thèse
H. LÉVY-ULLMANN.

Vu et permis d'imprimer
le Recteur de l'Académie de Paris :
Pour le Recteur
l'Inspecteur de l'Académie
MAURELET.

